

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTE DE DROIT

LES
COMPAGNIES CONCESSIONNAIRES
DE SERVICES PUBLICS
ET LA LIBERTÉ DU TRAVAIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 24 juin 1914

PAR

FRANÇOIS GIRON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

Président : M. E. COHENDY.

Assesseurs : { MM. J. APPLETON,
BOUVIER-BANGILLON.

LYON

IMPRIMERIE P. LEGENDRE & C^{ie}

14, Rue Bellecordière, 14

1914



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

- MM. THALLER, , I. , professeur honoraire.
AUDIBERT, , I. , professeur honoraire.
JOSSE RAND, I. , doyen, professeur de Droit civil.
GARRAUD, I. , , professeur de Droit criminel, Correspondant de l'Institut.
APPLETON (Charles), I. , professeur de Droit romain.
COHENDY, O. , I. , , professeur de Droit commercial.
PIC (Paul), I. , professeur de Droit international public.
APPLETON (Jean), I. , professeur de Droit administratif.
LAMBERT, A. , professeur d'Histoire générale du Droit français.
BOUVIER, I. , professeur de Science financière et de Législation française des finances.
LAMEIRE, I. , professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.
BROUILHET, I. , professeur d'Economie politique.
HUVELIN, I. , professeur de Droit romain, assesseur du Doyen.
LÉVY, I. , professeur de Droit civil.
GONNARD, I. , professeur d'Histoire des Doctrines économiques et d'Economie politique.
BOUVIER-BANGILLON, I. , professeur de Procédure civile.
PICARD, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.
BECQ J., I. , secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

- Président : M. E. COHENDY, professeur.
Assesseurs : { M. J. APPLETON, professeur.
 { M. BOUVIER-BANGILLON, professeur.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LES
COMPAGNIES CONCESSIONNAIRES
DE SERVICES PUBLICS
ET LA LIBERTÉ DU TRAVAIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 24 juin 1914

PAR

FRANÇOIS GIRON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ



Président : M. E. COHENDY.

Assesseurs : { MM. J. APPLETON.
BOUVIER-BANGILLON.

LYON
IMPRIMERIE P. LEGENDRE & Cie
14, Rue Bellecordière, 14

1914

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX ET NOTES

- ALLART. — Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale. Paris, Rousseau 1892.
- AUBRY et RAU. — Cours de Droit Civil, 4^e édition. Paris, t. I.
- AUCOC. — Conférences sur l'Administration et le droit administratif, 3^e édition. Paris, Dunod, t. II et III.
- BEDARRIDE. — Des sociétés, 2^e édition. Paris-Aix, 1878.
- BEDARRIDE et RIVIÈRE. — Des chemins de fer au point de vue des voyageurs et des marchandises. Paris, 1891, 3^e éd., t. I.
- BEQUET. — *Répertoire de Droit Administratif*. Paris, 1911, *Vo Voies ferrées*.
- BEQUET. — De la personnalité civile des diocèses, fabriques et consistoires et de leur capacité à recevoir des dons et legs (Revue pratique de Droit Français), tirage à part de 1880.
- BERTHELEMY. — Traité élémentaire de Droit Administratif, 6^e éd., 1910.
- BERTHELEMY. — Note sous Req., 18 avr. 1910. Dalloz, 1910, I. 425.
- BEUDANT. — Note sous Req., 10 déc. 1878. Dalloz, 1879, I. 5.
- BOISTEL. — Cours de philosophie du Droit. Paris, 1899, t. II.
- BOUGAULT. — Manuel pratique pour l'application des nouveaux règlements sur les distributions d'énergie. Grenoble, Gravier, 1909.
- BOURCART. — De l'organisation et des pouvoirs des assemblées générales. Paris, Pichon, 1905.

- BOUVIER E. — Les régies municipales. Paris, Doin, 1910.
- CARPENTIER et MAURY. — Traité pratique des chemins de fer, 1894 t. I et III.
- CHRISTOPHLE. — Traité théorique et pratique des travaux publics, 2^e éd. Paris, 1889-90, t. II.
- COHENDY E. — Code du travail et de la prévoyance sociale et Lois industrielles, 5^e éd. 1912.
- DALLOZ. — *Répertoire. Vis Acte de commerce, Chemins de fer, Commerçant, Société, Voirie par chemins de fer.*
- DELANGLE. — Des Sociétés commerciales. Paris, 1843, t. II.
- FERAUD-GIRAUD. — Code des transports de marchandises et de voyageurs par chemin de fer. Paris, Pédone-Lauriel, 1883, t. I, II et III.
- FERAUD-GIRAUD. — Rapport à la Cour de Cassation. Arrêt du 19 décembre 1882. Sirey, 1884, 1. 434.
- FRIGNET. — Histoire de l'Association commerciale depuis l'antiquité jusqu'au temps actuel. Paris 1868.
- FUZIER-HERMANN. — *Répertoire. Vis Personne morale, société, chemin de fer.*
- GUILLOUARD. — Traité du contrat de société. Paris, 1891.
- HAURIU. — Précis de droit public et administratif, 4^e éd.
— — — — — 8^e éd.
- HEMAR. — Rapport à la Cour de Paris. Arrêt 19 avril 1875, D. 1875, 2. 162.
- HOUPIN. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales. Paris, Larose, 1895.
- HUVELIN. — Revue de synthèse historique, t. VIII, 1904, p. 213 et suiv.
- KÖHLER. — Note au Dalloz, 1893, 1. 513.
- LABBE. — Note au Sirey, 1881, 2, 249.
- LAME-FLEURY. — Code annoté des chemins de fer. Paris, 1905.
- LAURENT. — Principes de droit civil. Bruxelles-Paris, 1869-1878.
- LYON-CAEN. — Note sous Aix, 15 févr. 1882. S. 1882, 2. 169.
— Note sous Cass., 19 déc. 1882, S. 1884, 1. 433.
— Note sous Cass., 30 mai 1892, S. 1892, 1. 561.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Manuel de Droit commercial, 8^e éd. Paris, 1906.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de Droit commercial, 3^e éd., Paris, t. II.

- MESTRE. — Note sous Cass. 18 avril 1910. S. 1911, 1. 33.
- MICHOUD. — La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, 1909, t. I et II.
- PERRIQUET. — Traité théorique et pratique des travaux publics Paris, 1883.
- PIC. — Traité élémentaire de Législation industrielle, 3^e éd. 1908.
- PLANIOI. — Traité élémentaire de Droit civil, 6^e éd., t. I.
- PLANIOI. — Note au Dalloz, 1895, 1. 217.
- POTHIER. — Annoté par Bugnet, 2^e éd. Paris, 1861-1862, t. I et VIII.
- POUILLET. — Traité des marques de fabrique, 3^e éd. 1892, 5^e éd. 1906.
- SAVIGNY. — Traité de Droit romain traduit par Guenoux, 1855-1860.
- SIREY. — Code civil annoté, art. 1382-1383.
- THALLER. — Note au Dalloz, 1893, 1. 105.
- THALLER. — Note au Dalloz, 1896, 1. 145.
- THALLER. — Traité élémentaire de Droit commercial, 3^e éd. Paris, 1904.
- TISSIER. — Traité des dons et legs, éd. de 1890.
— — — — — éd. de 1896.
- TROPLONG. — Du contrat de société, Paris 1843.
- VAVASSEUR. — Traité des sociétés civiles et commerciales, 4^e éd. Paris, 1892-1894.
- Distributions d'énergie électrique.* — Loi du 15 juin 1906 et règlements annexes. Librairie Polytechnique, 1911.

II. — THÈSES

- DUGUET. — La spécialité fonctionnelle des Compagnies de chemins de fer. Toulouse, 1912.
- PIÉBOURG. — De la condition des personnes civiles en droit Romain et en droit Français. Paris, 1875.
- RIPERT. — Le principe de la spécialité chez les personnes morales de droit administratif. Son application en matière de dons et legs. Paris, 1906.
- VIGNON. — Le principe de la spécialité et les êtres collectifs. Paris, 1903.

III. — PERIODIQUES

- Annales du Droit Commercial*, XV, 1901, p. 185 à 201. — THALLER. — Les sociétés par actions dans l'ancienne France.
- Annales des Mines*, 1910, 11^e fascicule, p. 373-434. — WEISS et PAYEN. — De la concurrence en matière de distributions d'énergie électrique.
- DALLOZ. — Jurisprudence générale; recueil périodique.
- « *L'Information* ». — TOCHON. — A propos d'un arrêt du Conseil d'Etat. N^{os} des 6, 16 et 21 mai 1913.
- « *La Loi* », article de M. Dumay, n^o du 24 janvier 1883.
- Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*. Paris, Larose.
- Recueil Duvergier*. — Collection complète des lois, décrets, ordonnances et règlements. Paris, Larose.
- Revue de Droit Public*, t. I, 1894, p. 47. — DUCROQ. — De la personnalité en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères.
- Revue de Droit Public et de Science Politique*, année 1907, p. 411-439, M. Duguit. — De la situation des particuliers à l'égard des services publics.
- Revue Electrique*. — N^o du 10 février 1911, p. 158. Note de M. Sirey.
- SIREY. — Recueil général des lois et des arrêts.
-

INTRODUCTION

Les transformations industrielles considérables dont le dernier siècle a vu le début, ont permis de satisfaire mieux et plus économiquement un certain nombre de besoins généraux, tels que l'éclairage et les transports. Pour bénéficier dans la plus large mesure des améliorations que rendaient possibles les progrès techniques, il a paru le plus souvent nécessaire, pour des raisons que nous aurons à rappeler au cours de cette étude, d'ériger en services publics les entreprises destinées à donner satisfaction à ces besoins généraux.

Mais, le plus souvent aussi les personnes morales de droit public dans les attributions de qui ces services paraissent rentrer, n'ont pas cru devoir assumer elles-mêmes la charge de leur exploitation, ou n'y ont pas été autorisées (1).

(1) Toute une école d'économistes s'est déclarée favorable à l'exploitation directe par l'Etat des services publics commerciaux ;

D'où la nécessité pour elles de confier ce soin à l'initiative privée tout en s'assurant à elles-mêmes les garanties les plus sérieuses et en réservant au public, dont les intérêts leur sont confiés, les avantages auxquels ce dernier peut prétendre.

Grâce au contrat de concession et aux clauses judiciaires des cahiers des charges, ce double but peut être aisément réalisé.

Cependant, il est en pratique à peu près impossible de rencontrer des industriels capables d'immobiliser les capitaux énormes que nécessite l'organisation d'un de ces services, d'attendre les résultats de ces placements à long terme et de se plier aux exigences d'une exploitation commerciale d'allure administrative.

Les sociétés anonymes, au contraire, sont toutes désignées pour jouer ce rôle délicat :

elle a, par la suite, cherché à favoriser le développement des régies municipales, bien que ce mouvement lui fût, au début, complètement étranger. (Bouvier, *Les régies municipales*, p. 67 et s.)

Mais le Conseil d'Etat s'est montré, d'une façon à peu près constante, hostile à l'exploitation par les communes des entreprises ayant un caractère industriel ou commercial, telles que les distributions de gaz pour l'éclairage ou les entreprises de vidanges (Avis du Conseil d'Etat du 17 juin 1877. Lettre ministérielle du 21 août 1894. Avis du Conseil d'Etat du 15 mars 1900). Ce que ce haut Tribunal semble surtout redouter, ce sont les aléas inhérents à toute industrie. On peut d'ailleurs au point de vue juridique soulever des objections à la municipalisation des services : elles découlent du principe administratif de la spécialité, du défaut de responsabilité légale des administrateurs municipaux et de la possibilité pour la commune de se créer un monopole dangereux. Enfin, les arguments économiques sont trop connus pour qu'il y ait lieu d'insister.

Par l'autorisation qui leur était imposée sous le régime du Code de commerce, par les conditions multiples qu'a mises ensuite à leur constitution la loi de 1867, par les capitaux illimités qu'elles peuvent grouper, par la valeur des hommes qui, en fait, sont généralement mis à leur tête et par leur aptitude industrielle; ces personnes morales remplissent toutes les conditions requises pour exploiter au mieux les services publics qu'on qualifie communément de commerciaux.

Ces considérations expliquent la création de puissantes Compagnies de chemins de fer et de tramways et de nombreuses sociétés pour la distribution du gaz et de l'électricité. Il semble donc exister aujourd'hui deux catégories bien distinctes de sociétés anonymes : les sociétés purement commerciales et les sociétés concessionnaires d'un service public.

Est-ce dire qu'en fait, il existe entre elles une ligne de démarcation bien nette ? Notamment, les secondes sont-elles toujours renfermées dans le rôle quasi administratif qu'on leur assigne assez généralement ?

Il serait téméraire de l'affirmer, si l'on tient compte des nombreuses décisions de nos tribunaux, motivées depuis le milieu du siècle dernier par les entreprises commerciales de toute nature des concessionnaires.

Comme ces décisions paraissent à première vue assez diverses dans leurs motifs, il nous a semblé intéressant de nous demander si, en droit, les sociétés concessionnaires peuvent se livrer à des opérations sortant de l'objet de leur concession, de rechercher en d'autres termes, quelles sont les restrictions apportées pour elles à la liberté du commerce et de l'industrie.

Nous ne croyons pas que, jusqu'ici, la question ait fait l'objet d'une étude d'ensemble : Elle a été simplement indiquée, en ce qui concerne les chemins de fer, par les auteurs qui ont traité des transports (1). Quelques notes parues au Sirey ou au Dalloz, quelques articles de journaux ou de revues techniques, constituent avec ces ouvrages spéciaux, à peu près toute la doctrine sur ce point.

Il est vrai que dans une thèse récente (2), M. Duguet, s'est attaché à dégager les principes qui doivent guider les tribunaux dans les conflits entre compagnies de chemins de fer et industries privées. Mais depuis lors, une décision de Conseil d'Etat (3) et un arrêt de la Cour de Lyon (4), en attirant à nouveau l'attention sur la vente des excédents d'énergie par les Compagnies de tramways, paraissent avoir donné à la question un regain d'intérêt. Cet intérêt ne peut que s'accroître par la suite, si l'on observe les froissements qui se produisent un peu partout entre compagnies de transports et distributeurs d'énergie.

(1) FÉRAUD-GIRAUD. — *Code des transports de marchandises et de voyageurs par chemins de fer*, t. I, n° 43.

BEDARRIDE. — *Des chemins de fer au point de vue du transport des voyageurs et des marchandises*, t. I, nos 5 et s.

LAME-FLEURY. — *Code annoté des chemins de fer* 1905, pp. 273, et s. et 989 à 1021

CARPENTIER. — *Traité pratique des chemins de fer*, t. I et III.

(2) La spécialité fonctionnelle des Compagnies de chemins de fer, Toulouse 1912.

(3) Conseil d'Etat, 11 avril 1913.

(4) Lyon, 11 février 1914.

Nous nous sommes donc proposé de faire un exposé purement juridique de la question très générale de la liberté commerciale des sociétés anonymes concessionnaires et de nous attacher plus particulièrement au problème si actuel de la vente des excédents de courant par les compagnies de tramways.

Dans une première partie, nous rappellerons les différentes espèces soumises aux tribunaux pour rechercher ensuite les tendances de la jurisprudence, puis nous exposerons les opinions émises par la doctrine.

Dans une seconde partie, nous essayerons de dégager les règles juridiques qui régissent la matière et de déterminer parmi les nombreuses restrictions qu'on a voulu imposer aux concessionnaires, celles que les principes nous permettent de retenir ; nous déduirons les conséquences qu'elle comportent.

Une dernière partie sera l'application de ces règles à la vente des excédents de courant par les compagnies de tramways.

PREMIÈRE PARTIE

EXPOSÉ - JURISPRUDENCE ET DOCTRINE

CHAPITRE PREMIER

INTÉRÊTS DE LA QUESTION

La liberté du commerce et de l'industrie reconnue en France depuis l'abolition des privilèges, proclamée par la loi du 1^{er} avril 1791, et rappelée dans l'article 17 de la Constitution de 1793, a pour conséquence le libre exercice par tous de tous commerces et de toutes industries non monopolisés, sous réserve de l'observation des réglemens et de la loyauté.

Nous verrons qu'en ce qui concerne les sociétés anonymes, la loi commerciale a apporté quelques restrictions au principe, restrictions qui tendent à disparaître avec la législation nouvelle. Puis, dans le cas particulier de

compagnies concessionnaires, d'autres atteintes peuvent résulter de clauses expresses de l'acte de concession.

Les restrictions découlant de ces deux chefs constituent une sorte de minimum que tout le monde admet, parce qu'elles résultent de textes formels.

Mais au delà, la scission se produit; partisans de la liberté et partisans de la spécialité sont en désaccord complet sur les droits du concessionnaire. Va-t-on lui permettre de se livrer à un commerce ou à une industrie quelconque, comme pourrait le faire toute société commerciale, quand bien même cette industrie ou ce commerce sortirait de l'objet de sa concession ? Va-t-on, au contraire, par une assimilation du concessionnaire à l'administration, l'obliger à se renfermer strictement dans l'exploitation du service qu'il assure ?

La portée économique et pratique de la question ne saurait échapper, en raison de l'importance des intérêts en présence.

Il est incontestable que certains concessionnaires, que les Compagnies de chemins de fer, en particulier, pourraient, en l'absence de toute limitation à leur activité, causer au commerce local et à l'industrie privée les plus graves préjudices, que les Compagnies de tramways en vendant sous le nom d'excédents de grosses quantités de courant électrique, ne manqueraient pas de faire un tort considérable aux entreprises de distribution.

D'autre part, les Compagnies sont des sociétés commerciales qui ont un patrimoine à gérer. Le vocable de service public masque trop souvent la nature véritable de ces entreprises qui ne sont en réalité que des industries privées mises à la disposition du public, grâce à la

modicité des tarifs imposés par le concédant. On peut donc se demander s'il ne faut pas, en bonne justice, leur accorder les armes que le droit commercial déclare légales, s'il ne faut pas compenser les causes d'infériorité flagrante qui résultent pour elles des charges de leur concession, par la possibilité de réaliser sur un autre terrain les gains licites qu'autorise la libre concurrence. L'augmentation constante du prix des matières premières, l'accroissement des charges sociales (1), les poussent évidemment dans cette voie.

Au point de vue du public appelé à bénéficier du service, est-il sage de détourner les sociétés sérieuses, les esprits éclairés, les hommes capables, des industries concédées et de les pousser, en leur enlevant toute perspective de gain, vers les entreprises privées qui, de nos jours, promettent aux intelligences et aux capitaux de si belles rémunérations ?

Faut-il même, en limitant les bénéfices, placer le public en face d'organes affaiblis et qu'un régime rigoureux condamne à végéter ? « Le public, remarquait « il y a plus de trente ans déjà M. le Conseiller d'Etat « Féraud-Giraud (2), a peu à espérer d'une société « besoigneuse ou en faillite, il ne gagne jamais à l'éta- « blissement d'un séquestre. »

Enfin, au point de vue économique, est-il aussi dangereux qu'on a bien voulu le prétendre, de reconnaître le

(1) Nous entendons par là les charges résultant des lois sociales : accidents du travail, retraites ouvrières, repos hebdomadaire, mesures de sécurité imposées par le Code du Travail.

(2) Cass. 19 décembre 1882 S. 84-1-433.

droit de libre concurrence aux puissances capitalistes que représentent la plupart des grandes compagnies concessionnaires, et notamment les compagnies minières ou de transports ? Ou, au contraire, en présence des efforts et de la concentration des forces économiques étrangères, n'y aurait-il pas, dans cette concurrence, un puissant stimulant et, en tout cas, un élément de production capable de conserver à l'industrie nationale une place honorable sur le marché mondial ?

Ce bref aperçu du côté pratique du problème suffit à montrer l'importance des solutions auxquelles nous conduira cette étude.

Par l'exposé que nous allons faire de la jurisprudence, nous pourrions constater que dans la pratique, la question est loin de se poser aussi nettement que nous l'avons formulée, et que ses aspects divers ont presque toujours offert aux tribunaux l'occasion de motiver leurs sentences sur les circonstances du fait et d'éviter ainsi le danger des décisions de principe dans un problème aussi complexe.

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE

§ 1^{er} : **Exposé des principales décisions**

Compagnies de chemins de fer. Bureaux d'expéditions.

— Les Compagnies de Chemins de fer qui furent, dès l'origine, les plus puissantes des sociétés concessionnaires, ont songé les premières à utiliser les merveilleux rouages économiques dont elles disposent, pour se livrer à des opérations commerciales plus rémunératrices que l'exploitation proprement dite de leur concession. Ces écarts étaient facilités par la diversité et l'ampleur des opérations du service public qu'elles assurent.

Dès 1846, le Tribunal de commerce de la Seine et l'année suivante, la Cour de Paris, avaient à statuer sur l'établissement de bureaux et de magasins de réception dans l'intérieur des villes.

La Cour ne se borna pas à reconnaître cette entreprise

licite, elle déclara (1) que « l'envoi d'agents pour solli-
« citer la remise des marchandises et débattre le prix des
« expéditions au-delà des gares, le camionnage des mar-
« chandises, la réclamation à bord des navires, l'envoi
« des circulaires, la consignation à tel commissionnaire
« de leur choix, ne sont pas des faits qui puissent consti-
« tuer des manœuvres frauduleuses de la part de la
« Compagnie ».

Cet arrêt, qu'il est particulièrement intéressant de rapprocher d'une décision fameuse rendue quelque vingt ans plus tard par la Cour de Cassation en matière de revente des houilles inutilisées, formulait, en outre, un certain nombre de déclarations d'une haute sagesse auxquelles on ne peut que souscrire :

« La liberté de l'industrie est de droit public et ne
« saurait être refusée à personne, tant que la loi ne l'a
« pas pas expressément stipulé.

« On ne saurait donc, dans une matière aussi grave,
« agir par induction, pour restreindre ou annuler, au
« détriment de tel intérêt ou au profit de tel autre, une
« des libertés garanties à tous.

« Il ne résulte ni des termes exprès de l'acte de con-
« cession, du cahier des charges, ni même de leur esprit,
« qu'aucune restriction ait été apportée au droit qu'a
« une compagnie de se livrer à telle opération de com-
« merce qui peut lui paraître utile. . . . »

En 1858, la Cour d'Amiens eut à se demander si la création d'un bureau d'expéditions pouvait motiver une

(1) Paris, 8 avril 1847. *Lamé-Fleury. Code annoté des Chemins de fer*, p. 274.

demande en dommages-intérêts de la part des commissionnaires de la localité. Elle se prononça très nettement pour la négative. « Attendu, dit la Cour, que la Compagnie a usé du droit commun en établissant un bureau et qu'il n'apparaît d'aucune disposition de la loi spéciale qui lui en ait enlevé l'exercice. . . . » (1).

Le premier en date des arrêts déferés à la Cour Suprême sur la matière, est un arrêt du 24 juin 1879 (2). La Cour de Toulouse y distingue soigneusement le camionnage à domicile, obligatoire, et le camionnage facultatif que les Compagnies font par l'intermédiaire de leurs bureaux de ville. Elle estime « que pour ce service que les Compagnies peuvent ne pas faire, elles exercent une industrie privée et libre, régie par les règles du droit commun. . . . »

Puis, après avoir ainsi nettement reconnu qu'une telle entreprise est absolument distincte du service public concédé, elle décide « que les Compagnies intéressées ont pu fonder un bureau central, qu'elles peuvent transporter ou faire transporter les colis remis au bureau central ou pris au domicile des expéditeurs ; qu'elles ne font ainsi que ce que tout camionneur a le droit de faire. . . . »

A cette liberté, la Cour fixe cependant une limite ; les Compagnies ne peuvent pas laisser la gare couverte en faveur de leur propre camionnage après l'heure de sa fermeture au camionnage libre.

(1) Amiens, 21 janvier 1853. S. 1853-244.

(2) S. 1879-2-327.

On ne peut rien induire au point de vue des principes de cette restriction, car elle est imposée par des textes formels (art. 53 du cahier des charges et art. 14 de la loi du 15 juillet 1875). Ce qu'il importe de retenir de ces décisions, c'est la possibilité pour un concessionnaire de se livrer à une opération commerciale étrangère à son service, en dehors du domaine de sa concession (1), et son assimilation complète à un entrepreneur privé.

L'arrêt de la Cour de Toulouse fut déféré à la Cour de Cassation par les Compagnies qui refusaient d'admettre la limitation tirée du cahier des charges. La Cour suprême rejeta le pourvoi, tout en reconnaissant implicitement l'existence des bureaux de ville (2).

Deux ans après (3), la Cour de Lyon reconnut, elle aussi, aux Compagnies, le droit d'ouvrir des bureaux d'expéditions à condition que la réception des marchandises y soit organisée de façon à ne pas porter atteinte à l'égalité dont doivent jouir tous les entrepreneurs de transport à l'égard des Compagnies.

Sous cette réserve, qui résulte de clauses expresses du cahier des charges, la licéité de ces entreprises ne fait aujourd'hui aucun doute (4).

(1) « Attendu, dit la Cour, que cette assimilation des bureaux « de ville et des gares n'est pas exacte ; que les bureaux de ville « constituent une propriété privée, tandis que les gares sont une « propriété de l'Etat. »

(2) Cassation, 21 juin 1882. D., 1883-1-85.

(3) Lyon, 4 août 1881. S., 1882-2-129.

(4) Cass. civ., 22 août 1883. D. 1884-1-233. Cons. d'Etat, 16 janvier 1885. Rec. Arrêts, 1885, p. 63. Lamé-Fleury, op. cit. p. 1010. Féraud-Giraud, t. II, n° 266.

Buffets. — Depuis fort longtemps l'existence des buffets dans les gares est considérée en quelque sorte comme une nécessité du service des transports.

« A côté de la locomotion, de la sûreté des voyageurs, « de leurs bagages ou des marchandises, dit un arrêt de « la Cour de Colmar de 1858 (1), il y a aussi des services secondaires qui répondent à des besoins auxquels il a fallu pourvoir. Il faut donc considérer les « buffets comme nécessaires ».

Et la Cour de Cassation (2) d'affirmer quelques années plus tard que « les buffets que les Compagnies doivent « établir à certaines stations déterminées constituent l'un « de ces services qu'ont rendus nécessaires la création et l'exploitation des voies ferrées. »

Cette innovation n'a pas donné lieu de la part des hôteliers aux attaques violentes qu'a motivées par la suite la construction des Hôtels Terminus. La raison en est que les buffets sont situés à l'intérieur même des gares et qu'ils sont généralement peu accessibles aux personnes du dehors. Enfin, par suite de la façon dont, en fait, les repas y sont servis, les buffets n'ont pour clientèle que des voyageurs, et des voyageurs généralement pressés, peu intéressants pour les hôteliers ou restaurateurs du centre. Les tribunaux se sont bornés à y voir une entreprise accessoire.

Hôtels Terminus. — Vers 1879, l'activité commer-

(1) Colmar, 10 aout 1858. Lamé-Fleury, op. cit., p. 217.

(2) Cass., 29 déc. 1860. D., 61-1-71. Lamé-Fleury, op. cit., p. 217.

cial des chemins de fer se manifesta sous une nouvelle forme. La Compagnie P.-L.-M., après s'être entourée de toutes les autorisations nécessaires, entreprit à Marseille l'exploitation d'un Hôtel Terminus attenant à la gare Saint-Charles.

Cette création n'alla pas sans soulever les plus vives protestations des hôteliers marseillais. Ceux ci parlèrent de rien moins que de faire fermer cet établissement dont l'hygiène et le confort étaient de nature à retenir les voyageurs de passage, peut-être même à attirer la clientèle locale.

Devant le tribunal de commerce, ils soutinrent cette thèse souvent reprise depuis lors « que la Compagnie de
« Paris-Lyon-Méditerranée ayant été constituée par des
« lois, avec des subventions de l'Etat, avec des proprié-
« tés affectées à des services publics spéciaux et sous
« l'empire d'un cahier des charges qui détermine
« ses droits et ses obligations....., tout commerce
« en dehors de l'objet de sa constitution lui était
« interdit ».

La Compagnie, sans doute par prudence, au lieu de soulever la question de principe, se borna à représenter que la création d'un hôtel à proximité de la gare constituait la suite normale de son exploitation.

C'était laisser à l'argument de ses adversaires toute sa valeur, c'était de la part de la Compagnie reconnaître sa spécialisation industrielle et commerciale.

Le tribunal, dans ces conditions, ne pouvait que se demander si réellement l'entreprise critiquée était l'accessoire du service public des transports ; c'est ce qu'il, fit

déclarant dans son jugement du 11 juillet 1881 (1) :
« Qu'on ne saurait interdire, dans l'intérêt de quelques
« personnes, à une Compagnie chargée d'un service
« public, les actes qui peuvent améliorer ce service »...
que, par suite, la création de l'hôtel est licite. Mais,
poussant jusqu'au bout l'idée d'accessoire qui seule à ses
yeux excusait l'entreprise, il décida en outre « que si le
« public est indistinctement admis dans l'hôtel, la Com-
« pagnie fait un commerce qui ne se rattache plus à
« l'exploitation de la voie ferrée; qu'elle n'a été aussi
« autorisée à le construire que pour le service des voya-
« geurs »... que, par conséquent, la Compagnie ne pou-
vait y admettre que les voyageurs munis d'un billet
d'une de ses stations.

En appel, la Cour d'Aix se montra beaucoup plus libérale à l'égard de la Compagnie, sans abandonner toutefois l'idée de spécialité encore assez vague, soulevée par les hôteliers.

Elle reconnut, il est vrai, le principe de la liberté, ne lui assignant comme limites que la loyauté, la loi et les contrats particuliers; elle reconnut qu'aucune prohibition ne résultait pour la Compagnie de la loi ou des contrats; bien plus, elle constata qu'on ne pouvait parler de concurrence déloyale; et pourtant, elle ne trouva pour justifier la création de l'hôtel que ce motif : « Que
« la construction d'un hôtel dans la gare même, loin
« d'être de la part de la Compagnie une violation des
« conditions auxquelles le monopole du transport des
« voyageurs par les voies ferrées lui a été concédé, n'est

1 (1) Trib. Comm., Marseille 11 juillet 1881. S. 1882, 2, 169.

« au contraire, que le développement naturel et une
« amélioration de ce service » (1).

Elle supprima d'ailleurs purement et simplement
l'obligation imposée par le tribunal de ne recevoir que
des voyageurs munis d'un billet.

La Cour Suprême, le 19 décembre 1882 (2), rejeta le
pourvoi des demandeurs sur rapport de M. le conseiller
Féraud-Giraud.

Ce rapport est intéressant parce qu'il éclaire la théorie
jurisprudentielle de l'époque qu'on cherche vainement à
suivre et à identifier dans les attendus laconiques et les
décisions presque toujours motivées par des considéra-
tions de fait.

On a prétendu que le rapporteur admettait le principe
de la libre concurrence pour les chemins de fer, à défaut
de clause *expresse* du cahier des charges : « Pour lui, dit
« M. Duguet (3), il faut que l'acte de concession prohi-
« be de *façon formelle et positive* de faire le commerce ».

Nous ne le croyons pas (4); il est au contraire facile de

(1) Alors quel pouvait être le motif de l'interdiction générale de
faire le commerce que le Tribunal comme la Cour accueillaient
implicitement ?... « Seulement, dit M. Lyon-Caen, parlant de
« ces deux décisions, le jugement et l'arrêt ont eu le tort de ne
« pas indiquer nettement sur quoi se fonde la limitation appor-
« tée par eux au principe du droit des Compagnies. Il aurait été
« cependant bien simple de l'expliquer ». (Note sous l'arrêt de la
Cour d'Aix au Sirey).

(2) S. 1884, I, 433.

(3) DUGUET. — Thèse citée, p. 145.

(4) Cette opinion serait d'ailleurs en contradiction formelle
avec l'opinion émise par le même auteur dans son *Code des
Transports*, t. I, n° 43.

relever le raisonnement, par lequel ce jurisconsulte fait échec au principe de la liberté : d'une part, il reconnaît bien que les tribunaux n'ont pas le droit de créer des restrictions à la liberté de l'industrie, même pour protéger les intérêts les plus respectables; que, seul, l'acte de concession peut s'opposer à certaines opérations commerciales; mais, aussitôt, il constate que la création d'un hôtel par une Compagnie serait un acte illicite si elle ne constituait pas une amélioration du service concédé. Il concilie les deux idées en remarquant que si l'acte de concession ne prohibe pas formellement une telle opération, il la défend *implicitement*.

« L'acte de concession, dit-il, . . . ne prohibe pas d'une
« manière formelle et positive à la Compagnie ce qu'elle
« vient de faire, c'est incontestable. Le lui défend-elle
« implicitement ? La réponse pour avoir une portée juridique doit être franchement affirmative, elle ne doit
« être accompagné d'aucun doute, d'aucune hésitation.
« Si vous hésitez à croire que ce droit a été enlevé à la
« Compagnie, vous ne pourriez l'en dépouiller de votre
« autorité propre ».

Et toute la question se ramène ainsi, pour lui, à une interprétation de l'acte de concession; or, dit-il, « dans
« l'appréciation du point de savoir si les Compagnies
« violent ou non leur loi de concession, il y a une question de fait et d'interprétation du contrat, qui est du
« domaine spécial du juge du fait ».

Après avoir proclamé le principe de la liberté, son argumentation laissait donc aux tribunaux une si large part d'appréciation, qu'elle ouvrait la porte aux décisions les plus imprévues, qu'elle permettait même au principe

de la spécialité fonctionnelle, considéré comme présidant au contrat de concession, de se glisser dans la question.

Aussi, la Cour Suprême affirma-t-elle à nouveau que « les Compagnies de chemins de fer ne peuvent se livrer « aux opérations commerciales et à l'exercice d'industries que la nature de leur concession leur interdit ». Le rapporteur avait parlé de « l'acte de concession », la Cour le traduisait par « la nature de la concession » ; c'était un pas vers l'idée de spécialité fonctionnelle.

La Cour n'en reconnut pas moins « que la construction et l'exploitation de cet hôtel, loin d'être de la part « de la Compagnie une violation des conditions de la « concession, n'étaient au contraire que le développement naturel et l'amélioration du service des transports des voyageurs qui lui est confié. »

Dans une espèce analogue, les hôteliers de Bordeaux voulurent limiter le nombre des chambres d'un hôtel créé par la Compagnie du Midi à la gare Saint-Jean.

Le Tribunal civil, pour rejeter leur prétention, reprit purement et simplement les arguments de la Cour d'Aix et de la Cour de Cassation (1).

La Cour de Paris rendit sur appel d'un jugement du Tribunal de commerce du 20 mars 1899 un arrêt visant un cas quelque peu différent (2) : La Compagnie de chemins de fer d'Orléans, dûment autorisée, entreprit la construction d'un hôtel au quai d'Orsay, lequel devait être exploité par un tiers locataire. Le syndicat professionnel des Grands-Hôtels et Maisons meublées de

(1) Bordeaux, 12 janvier 1898. S. 1898, 2, 253.

(2) Paris, 2 août 1900. S. 1901, 2, 135.

Paris poursuivit la Compagnie devant le Tribunal de Commerce de la Seine.

Les demandeurs, outre l'argument classique tiré du monopole de la Compagnie, invoquaient l'article 37 du Code de Commerce qui, selon eux, eût exigé que la Compagnie demandât à l'Etat l'autorisation d'entreprendre l'exploitation de l'hôtel. Ils rappelaient également que la Compagnie bénéficie d'une garantie d'intérêt, à laquelle concourt dans une large mesure le Syndicat des Hôteliers par les impositions considérables qu'il supporte, qu'à ce titre le syndicat ne peut être concurrencé par les Compagnies ; ils exposaient qu'en fait l'hôtel projeté étant à une tête de ligne, n'avait pas de raison d'être. Enfin, ils invoquaient un argument qui, à notre sens, est bien supérieur aux précédents : le terrain sur lequel le bâtiment allait être élevé était un « terrain aliéné avec affectation spéciale ».

Le Tribunal décida qu'en fait l'hôtel, malgré sa situation, constituait bien une amélioration du service exploité ; que la garantie d'intérêt ne pouvait s'opposer à sa création puisque précisément devant les Chambres « la création des hôtels dont il s'agit fut considérée « comme de nature à diminuer dans l'avenir le jeu de « ladite garantie. . . »

De plus, il déclarait dans une formule nouvelle, qui ne manquait pas de hardiesse, « qu'on ne saurait interdire « aux Compagnies qui font des acquisitions d'emplacement dans Paris, en vue des besoins toujours croissants de leur exploitation, de tirer parti dans les meilleures conditions possibles, en tant que propriétaires, « desdits emplacements qui n'ont pu trouver une utili-

« sation immédiate ; que ce faisant, elles ne font que
« gérer leur patrimoine... »

Ce dernier argument ne peut avoir de valeur qu'autant que le terrain acquis en vue du service concédé n'a pas encore été incorporé au domaine, et que la Compagnie peut s'en dire « propriétaire » (1), on ne saurait en droit l'étendre au domaine concédé.

La Cour, sur appel du Syndicat des Hôteliers, après avoir rappelé la jurisprudence antérieure en ces termes :
« Considérant qu'il est de principe que les Compagnies qui jouissent d'un monopole ne peuvent exercer
« d'autre industrie que celle pour laquelle elles ont été
« créées... » reconnu, elle aussi, que cette opération commerciale n'était que « l'accessoire licite de l'exploitation principale ».

L'arrêt de la Cour de Paris du 18 février 1903 (2) marqua une nouvelle étape dans la jurisprudence.

La Société des Grands Magasins du Louvre qui

(1) Les terrains dont les Compagnies sont propriétaires peuvent être affectés à des industries tout à fait indépendantes du service concédé ; il s'agit là de placements, d'opérations de bonne administration financière. Il est curieux de remarquer à ce sujet que les tribunaux qui ont proclamé la spécialité fonctionnelle des Compagnies, n'ont jamais soulevé de difficulté au sujet de l'exploitation d'hôtels dans les sites les plus pittoresques de nos montagnes, par différentes Compagnies : Hôtels de la Compagnie d'Orléans à Vic-sur-Cère et au Lioran, Hôtel de la Compagnie du Midi à Font-Romeu dans les Pyrénées. Mais, en réalité, la Cour d'appel s'appuie surtout sur le caractère d'amélioration du service concédé, et ce point de vue nous semble inadmissible. (Cf. Duguet, thèse citée, p. 105-106).

(2) S. 1904, 2, 37.

exploitait l'hôtel du quai d'Orsay, y donnait des bals, des soirées et des réunions. La Société du Grand-Hôtel et la Société Fermière de l'Hôtel Continental s'émurent de cette concurrence et assignèrent la Compagnie d'Orléans devant le Tribunal de commerce de la Seine. Celui-ci n'osa plus, pour le coup, déclarer que cette entreprise toute commerciale constituait un accessoire de l'exploitation principale et déclara :

« Que le domaine d'une Compagnie de chemins de
« fer se compose de deux éléments distincts, le domaine
« public et le domaine privé; que le domaine public est
« celui que la Compagnie a acquis en vertu des lois
« d'expropriation pour cause d'utilité publique, mais
« qui doit faire retour à l'Etat en fin de concession...
« Que le domaine public, acquis dans un but déterminé
« en vertu des lois spéciales, doit être réservé à l'objet
« même de l'exploitation de la concession soit princi-
« pale, soit accessoire, c'est-à-dire en l'espèce, à l'en-
« treprise de transport... »

Et le Tribunal, décidant que la Compagnie avait commis « sinon un acte de concurrence déloyale, tout
« au moins un abus de monopole... », la condamna à cesser l'exploitation incriminée et à payer une indemnité aux demandeurs.

Sur appel, la Cour de Paris, reprenant l'argumentation de M. Féraud-Giraud, infirma le premier jugement par ce motif : « Que pour réussir, il leur (demandeurs) faut faire la preuve que la Compagnie d'Orléans
« viole ainsi la loi de sa concession. »

« Qu'il n'a pas été démontré qu'à Paris cette industrie des soirées et grands repas fût toujours distincte

« de l'exploitation normale d'un très vaste hôtel, et qu'il
« ressort, au contraire, des documents de la cause, que
« beaucoup de maisons d'hôtels font dans leur immeuble
« le commerce de location de salles et entreprises de
« réunions diverses. . »

Le raisonnement de la Cour était donc le suivant :
L'exploitation de l'Hôtel est licite parce qu'elle constitue l'accessoire du service de transport des voyageurs ; l'exploitation de l'industrie des soirées et grands repas l'est également parce qu'elle constitue l'accessoire de l'exploitation de l'Hôtel, autrement dit : l'accessoire de l'accessoire est l'accessoire du principal. Si l'on admet comme vrai le principe que les Compagnies n'ont pas le droit de se livrer à une industrie étrangère à leur service de transports, cet arrêt doit être considéré comme procédant d'un raisonnement vicieux ; car ce qui fait que l'exploitation de l'hôtel est un accessoire de l'exploitation principale, c'est qu'il est destiné à offrir des commodités nouvelles aux voyageurs, et dans ce sens on comprenait très bien le jugement du Tribunal de commerce de Marseille, obligeant la Compagnie P.-L.-M. à n'y recevoir que les voyageurs munis de billets. Si la Cour d'Aix a repoussé cette restriction comme irréalisable en fait, ce n'est pas une raison pour en conclure qu'en principe l'hôtel peut, une fois créé, entreprendre lui-même l'exploitation d'une branche quelconque de l'industrie hôtelière, même si elle doit surtout attirer la clientèle locale et constituer une entreprise purement commerciale.

La Cour de Cassation ne put pas condamner cette opposition flagrante du principe et de son application,

l'arrêt de la Cour de Paris étant motivé par des constatations de fait; elle rejeta le pourvoi le 13 mars 1906 (1), estimant que c'est aux juges du fond à déclarer en vertu de leur appréciation souveraine si l'usage de la salle désignée expressément dans les plans approuvés, sous le nom de « grande salle des fêtes » et qui sert aux banquets, bals, soirées et réunions diverses, n'est que l'accessoire de l'exploitation générale de l'hôtel Terminus.

Vente d'objets de librairie, articles de fumeurs et de bazars dans les gares. — Il faut également, en partant de l'idée d'amélioration du service des transports, reconnaître la possibilité pour les Compagnies de faire par elles-mêmes, ou par l'entremise d'adjudicataires, toute une série d'opérations commerciales dont la jurisprudence a effectivement admis la licéité.

Un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 28 juillet 1884 et un arrêt de la Cour de Paris du 12 mars 1886 (2) reconnurent formellement aux Compagnies le droit de conférer à un libraire le monopole de la vente des objets de librairie dans les gares (3). Les bazars, les commerces d'articles de fumeurs sont également considérés comme des accessoires de l'exploitation principale, en raison des commodités qu'ils offrent aux voyageurs.

Correspondance et réexpédition. — Le terme corres-

(1) S. 1907, 1, 517.

(2) S. 1888, 2, 125.

(3) Circ. minist., 24 mai 1884. Lamé Fleury, *op cit*, p. 220.

pondance s'applique au transport des voyageurs d'une gare à une localité éloignée et dépourvue de voie ferrée. Le terme réexpédition s'applique au transport des bagages dans les mêmes conditions.

En doctrine, on a discuté vivement la possibilité pour les Compagnies d'entreprendre elles-mêmes de telles exploitations. En fait, on peut constater que les plus grandes Compagnies organisent des services d'autocars d'excursions dans nos grands massifs montagneux, sans que l'opinion s'en inquiète (1).

Economats. — Enfin, les Tribunaux ont reconnu que les concessionnaires de services industriels peuvent, comme tout entrepreneur privé, faire bénéficier leurs agents d'œuvres sociales : habitations à bon marché, économats, etc.

Le Tribunal de commerce de la Seine a formellement reconnu ce droit aux Compagnies de chemins de fer et la Cour de Paris l'a confirmé à son tour (2) : « La Compagnie, dit la Cour, en fournissant à ses ouvriers et employés les denrées alimentaires et objets de ménage dont ils ont besoin, ne réalise aucun bénéfice. Elle est seulement, en vertu d'un pacte de famille et de bien-

(1) Compagnie P.-L. M., dans les Alpes. Compagnie du Midi dans les Pyrénées.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 30 décembre 1863. Paris 14 novembre 1864. Lamé-Fleury. *Code annoté des chemins de fer*, 4^e édition, pp. 276 et s. Depuis, cette institution a été portée devant les Chambres et a fait l'objet au Sénat d'un rapport très circonstancié de M. Lourties (Doc. parlem. 2 décembre 1895) Elle a été déclarée parfaitement licite.

« faisance, la mandataire de ses employés, dans l'intérêt desquels elle fait des achats qu'elle leur cède au prix de revient ».

Parmi les décisions que nous avons examinées jusqu'ici, quelques-unes rappellent plus ou moins nettement le principe de la spécialité fonctionnelle, mais toutes le font fléchir devant les nécessités pratiques.

Nous devons leur opposer un certain nombre d'arrêts et de jugements beaucoup plus sévères.

*
* *

Ateliers de construction et de réparations. — Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 19 janvier 1900 (1) a décidé que seuls les ateliers de petites réparations usuelles ne constituent pas une entreprise illicite pour les Compagnies de chemins de fer ; les ateliers de grandes réparations et, à *fortiori*, de construction, ne sont pas la suite directe et nécessaire de l'exploitation principale.

Vente de charbons. — Les Compagnies de chemins de fer ne peuvent utiliser pour les besoins de leur exploitation que des charbons d'une certaine grosseur. En achetant à la mine du tout-venant, il leur reste, après triage, un combustible trop fin pour être brûlé dans les chaudières, et il est à noter que cette proportion de menu s'accroît encore à la suite des différentes opérations de manutention. Les Compagnies peuvent, pour utiliser ce déchet, ou bien fabriquer des agglomérés, ou

(1) Rec. arrêts, 1900, 45.

tout simplement en chercher la vente. C'est à ce dernier parti que s'était arrêtée la Compagnie de l'Est pour les charbons qu'elle achetait en Allemagne.

Comme, en réalité, les tonnages de charbon ainsi revendus étaient très considérables, les commerçants lésés par ce trafic attaquèrent la Compagnie. Cette dernière faisait valoir pour sa défense que la revente des charbons inutilisés constituait un accessoire de son exploitation au même titre que celle des bois ou des fers hors service, qui ne lui a jamais été interdite.

Bien plus, faisait-elle remarquer, certaines mines ont établi des fabriques d'agglomérés, ont construit des chemins de fer où elles reçoivent des voyageurs ; un arrêt de la Chambre criminelle du 3 février 1855 (1) a reconnu que la Compagnie d'Orléans rentrée dans le droit commun depuis l'abrogation de l'article 7 de la loi du 7 juillet 1838, peut entreprendre d'autres transports en dehors de la voie ferrée ; enfin, la Compagnie du Midi est concessionnaire du canal latéral à la Garonne et elle a traité avec le gouvernement pour l'établissement des routes des Landes.

Dans ces conditions, pourquoi l'empêcher d'assurer la bonne économie de son exploitation en revendant ses déchets de houille ? Malgré toutes ces bonnes raisons, le Tribunal de commerce de la Seine, dans son jugement du 13 juin 1861 (2), donna gain de cause aux demandeurs.

Il n'est pas inutile de rappeler les principaux motifs de

(1) S. 1855, 1, 231.

(2) Lamé-Fleury, *op cit.*, p. 275.

cette décision qui constituait en apparence une dérogation à la jurisprudence antérieure, et qui devait être, par la suite, bien souvent invoquée par les syndicats d'hôteliers contre la création d'hôtels Terminus.

« Attendu, dit le Tribunal, que les Compagnies de
« chemins de fer ont été fondées uniquement pour
« l'exploitation des transports; que l'Administration su-
« périeure en leur concédant le monopole de la voie
« ferrée avec des privilèges et des immunités considéra-
« bles, a voulu aider au développement commercial et
« industriel par une plus grande rapidité dans les échan-
« ges et une réduction sur les prix de transport; qu'elle
« n'a donc pu leur permettre d'user de tous ces avantages
« pour faire directement ou indirectement un commerce
« de nature à compromettre des intérêts qu'elles ont pour
« mission de favoriser...

« Attendu que ces faits où l'on trouve les caractères
« d'une vente régulière et organisée, n'ayant rien d'illi-
« cite pour un autre commerçant, mais interdite à une
« Compagnie de chemins de fer anonyme et régie par
« des statuts particuliers... »

Le Tribunal invoquait enfin le principe de l'égalité imposé par le cahier des charges.

La Cour de Paris confirma ce jugement le 17 janvier 1863 et la Cour de cassation rejeta le pourvoi de la Compagnie de l'Est en se basant toujours sur les constatations de fait des premiers juges et en invoquant l'art. 37 du Code de commerce et le décret du 11 janvier 1859 (1).

La Cour de Paris, aussi bien que la Cour Suprême,

(1) Cass., 5 juillet 1865, S. 65, 1, 441.

invoquaient en premier lieu l'obligation pour la Compagnie de se renfermer dans l'objet prévu par les statuts ; mais aussi, et c'est aux yeux de certains le point essentiel, l'arrêt de cassation déclarait : « l'interdiction... d'exercer le commerce de charbon de terre ressort de la *nature de la concession* qui lui a été faite... ».

Il y avait, en réalité, un meilleur argument en faveur de ces décisions ; il a été à peine indiqué par la Cour Suprême : « L'arrêt constate, en outre, dit-elle,... que les ventes se poursuivaient sur toute l'étendue du réseau, moyennant des prix où la valeur de la marchandise était confondue avec celle du transport et qui étaient réduits et variables suivant les besoins de la concurrence ».

Le Tribunal de commerce l'avait soigneusement mis en lumière :

« Bien loin de maintenir l'égalité entre les divers acheteurs, — égalité dont les principes salutaires lui sont rigoureusement imposés dans ses tarifs et règlements — la compagnie, confondant la valeur de la marchandise avec celle des transports, a établi, au moyen de cette confusion, des différences notables dans les prix que lui rendent ses menus charbons, au lieu d'où ils sont expédiés ».

C'est là, la véritable faute de la Compagnie (1) ; elle pouvait bien, selon nous, transporter et vendre ses houilles, mais elle ne le pouvait qu'à condition de ne pas user gratuitement pour ce commerce étranger à son ser-

(1) Cf. Lamé-Fleury, op. cit., p. 274.

vice, du matériel concédé, de ne pas violer son cahier des charges, en s'accordant à elle-même, son propre client, des tarifs de faveur et des tarifs variables.

Quant à l'argument tiré de l'art. 37 du Code commerce qui a manifestement déterminé le tribunal, nous ne le croyons pas fondé en l'espèce, car, au point de vue commercial, l'opération de revente des houilles inutilisées se rattachait suffisamment à l'industrie principale pour ne pas violer les statuts.

Ventes d'excédents d'énergie par les Compagnies de tramways. — Dans ces dernières années, on peut constater que la jurisprudence relative à la vente par les Compagnies de tramways d'excédents d'énergie revient à une conception étroite de la capacité commerciale des personnes morales.

On n'a voulu y voir, en général (1), qu'une adaptation de la jurisprudence relative aux chemins de fer, à un cas nouveau; il nous semble pourtant incontestable que le point de vue à quelque peu varié par suite de l'affirmation du principe administratif de la spécialité.

Depuis quelques années les Compagnies de tramways électriques tentent un peu partout de développer leur industrie principale en y adjoignant comme exploitation annexe la fourniture de la force motrice; c'est en général sous forme de vente d'excédents que cette prétention se réalise.

Une compagnie donnée n'a pas chaque jour et à cha-

(1) M. Mestre, note sous Cass., S. 1911, 1. 33.

Duguët, thèse citée.

que heure de la journée, les mêmes besoins; elle doit proportionner l'importance de ses machines aux exigences de son service calculées au moment où il fonctionne avec son maximum d'intensité. En temps normal, un certain nombre de machines seront donc inutilisées, et c'est là un capital souvent important qui dort. Les Compagnies imaginèrent de l'employer à la production de courant destiné à la vente.

La Compagnie des tramways électriques de Lille, après avoir été autorisée par le préfet du Nord, entreprit la vente de ses excédents.

La Société Lilloise d'éclairage électrique, bénéficiaire du monopole pour l'éclairage, concessionnaire d'une distribution d'énergie, la poursuivit devant le Tribunal de commerce de Lille pour concurrence illicite.

Les premiers juges rejetèrent le 16 mars 1908 (1) cette demande, en s'appuyant sur cette considération que, en tirant parti de ses excédents de courant, « la Compagnie
« de tramways ne s'écarte nullement du but de sa con-
« cession, mais utilise un produit qu'on ne saurait équi-
« tablement l'obliger à laisser inutilisé, et dont l'import-
« tance restreinte est limitée et contrôlée par l'autorité
« administrative...; Que la compagnie ne sortant pas de
« son but, ... le matériel dont elle dispose ne saurait être
« réputé consacré à une entreprise étrangère à cette
« exploitation ».

Sur appel de la Société Lilloise, la Cour de Douai réforma ce jugement le 11 novembre 1908, en constatant :

1^o « Que la nature de la compagnie de transport chargée

(1) S., 1911, 1, 33.

« d'un service public, liée à l'Administration par un contrat de travaux publics, lui fait obligation de se renfermer strictement dans l'objet de sa concession ».

2^o Qu'on peut à la rigueur admettre que la vente d'excédents proprement dits est l'accessoire licite de sa concession ; mais qu'en fait « la Compagnie de Tramways » a organisé un trafic habituel et réglé, portant sur des « quantités considérables d'énergie électrique, qu'elle « était libre de ne pas produire, et qu'elle ne produisait « que pour les vendre ».

3^o Qu'au surplus « elle n'observe pas les prescriptions « de la loi du 15 juin 1906 ».

Cet arrêt appelle quelques observations ; en premier lieu, il insiste sur la spécialité fonctionnelle des concessionnaires, et, en y insistant, il l'introduit définitivement dans la question ; jusqu'ici, en effet, il s'était agi de sociétés de chemins de fer fondées sous l'empire de l'art. 37 du Code de commerce, et c'est principalement cet article qui avait directement ou indirectement motivé les décisions des tribunaux.

En déclarant pour une société créée depuis 1867 que « les divers actes constitutifs de cette société de transport « ne prévoient et ne règlentent qu'un service de transport, unique objet pour lequel la société fut fondée..., « que la nature de cette Compagnie... liée à l'Administration par un contrat de travaux publics, lui fait obligation de se renfermer strictement dans l'objet de sa « concession », la Cour définissait le principe de la spécialité lui-même.

Elle en tirait d'ailleurs une conséquence inattendue : savoir qu'en violant sa spécialité, la Compagnie fait une

concurrence déloyale aux distributions d'énergie. Nous verrons ce qu'il faut en penser. Mais nous pouvons d'ores et déjà remarquer que la Cour venait de dénommer concurrence déloyale ce que la jurisprudence s'était refusée jusqu'ici à considérer comme telle et avait baptisé du nom d'*abus de monopole* (1).

Une autre observation s'impose :

La Cour, après avoir reconnu la licéité de la vente des excédents véritables de courant, décide que la Compagnie n'a pas le droit de vendre le courant, qu'elle est « libre de ne pas produire », ce qui est, verrons-nous, la négation même de l'existence des excédents.

Enfin, l'arrêt de la Cour de Douai est, dans ses motifs, en contradiction flagrante avec celui de la Cour de Paris du 20 mars 1899. Le rapprochement en est frappant :

« On ne saurait, disait la Cour de Paris, interdire aux
« Compagnies qui font des acquisitions d'emplacements
« dans Paris, en vue des besoins toujours croissants de
« leur exploitation, *de tirer parti* dans les meilleures
« conditions possibles, en tant que propriétaires, desdits
« emplacements qui *n'ont pu trouver une utilisation*
« *immédiate...* ».

« Il est constant, dit la Cour de Douai, que la Société
« produit, sans aucune nécessité, uniquement dans un
« but de spéculation, et pour *ne pas laisser ses machines*
« *improductives* moitié ou plus de l'énergie totale néces-
« saire à la traction... ; qu'elle exerce ainsi une autre
« industrie que celle pour laquelle elle a été créée... ».

(1) Cf. trib. comm., Seine. S. 1904,2,37.

Qu'on ne nous objecte pas que dans le premier cas il s'agissait de terrains dont la Compagnie était propriétaire, tandis que dans le second il s'agissait d'un matériel concédé, car c'est par suite d'une impropreté de terme que la Cour de Paris avait prononcé cette phrase : « en tant que propriétaires » ; il s'agissait bien au contraire d'un terrain acquis par le mode administratif de l'expropriation, en vue de la création de la gare du quai d'Orsay, donc faisant partie du domaine public.

Il y a pour nous, dans cette contradiction, une preuve nouvelle de l'évolution de la jurisprudence qui tend de plus en plus vers le principe rigoureux de la spécialité avec toutes ses conséquences. L'arrêt rendu par la Cour de Cassation dans cette espèce est moins instructif à ce point de vue, parce que plus timide ; il se borne, en effet, à constater, d'une part, que la Compagnie de Tramways de Lille n'était autorisée par arrêté préfectoral à vendre ses excédents qu'à condition de ne pas augmenter son matériel de production, et qu'en réalité elle « avait installé de nouvelles machines produisant moitié plus d'énergie que n'en exigeait son service de transport... » La Cour rejeta le pourvoi.

Une seconde espèce fut portée devant le Conseil d'Etat et pour les partisans de la liberté commerciale, sembla une revanche de la jurisprudence de Cassation dernière manière.

La Compagnie de l'Est-Parisien avait demandé au Préfet de la Seine l'autorisation d'établir sous la chaussée de l'avenue Gambetta une canalisation électrique destinée à relier à ses câbles une usine projetée, en vue de fournir à cette usine la force motrice. Par lettre du 6 octobre 1907,

le Préfet de la Seine lui avait fait savoir qu'il ne pouvait pas faire droit à sa demande, par ce motif que les Compagnies concessionnaires de tramways n'étaient autorisées à installer des canalisations que pour la traction de leurs voitures.

La Compagnie attaqua cette décision devant le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. Le Conseil rendit son arrêt le 11 avril 1913 ; en raison de son actualité et surtout des conséquences qu'on a voulu en tirer, il nous semble intéressant de rappeler les arguments invoqués de part et d'autre.

La Compagnie de Tramways, à l'appui de son recours, faisait valoir :

1° Qu'une Compagnie de Tramways peut, comme tout particulier, aux termes de l'art. 8 de la loi du 15 juin 1906, obtenir une permission de voirie, pourvu qu'elle dispose, pour la distribution de force, d'excédents d'énergie — que la vente de ces excédents est « une suite naturelle et même nécessaire de l'exploitation utile de son réseau ».

2° Que le Préfet ne peut rejeter de plano sa demande mais doit l'instruire conformément à la loi et au décret du 5 avril 1908.

3° Qu'il ne peut, en tout cas, la rejeter que pour des motifs de voirie.

Le Préfet avait, on le sait, refusé l'autorisation dans le désir d'empêcher que « l'occupation de la voie publique par « les Compagnies concessionnaires de tramways ne soit « étendue en dehors des nécessités normales de l'exploitation de leur concession », désir inspiré, disait-il, par « l'intérêt de la police de la voirie dont il a la charge ».

Le problème à résoudre était donc en dernière analyse de savoir si oui ou non le désir de voir une Compagnie de Tramways ne pas enfreindre le principe de la spécialité, constitue un motif de voirie.

Comme on le voit, cette question de spécialité qui joua un rôle important dans les discussions, ne se rattachait qu'indirectement au problème.

Or, faisait remarquer la Compagnie de l'Est-Parisien, ce motif n'est pas, par sa nature, tiré de l'intérêt de la voirie, « étant indifférent à cet intérêt que le permissionnaire qui occupera la voie publique soit ou non occupant déjà de la voie publique à un tout autre titre : « celui d'entrepreneur de traction ».

Elle observait, de plus, non sans justesse, que de telles autorisations lui avaient toujours été accordées quand il s'agissait d'en faire bénéficier l'éclairage public de Paris.

La ville de Paris, intervenante, représentée par le Préfet de la Seine, objectait de son côté que la loi de 1906 dans ses articles 5 et 8, contient des restrictions à la liberté des distributions telles que le Préfet peut, dans la limite des pouvoirs réglementaires qui lui sont accordés, refuser une permission de voirie.

Et surtout, elle invoquait le grand principe de l'égalité des charges entre permissionnaires, question sur laquelle nous nous réservons de revenir au sujet des distributions d'énergie.

En second lieu, la ville déclarait qu'il ne saurait y avoir abus de pouvoir du Préfet, ce dernier n'ayant pas eu à interpréter un décret parfaitement clair et qui ne

prévoit nulle part la fourniture au public de l'énergie électrique.

A supposer, ajoutait-elle, que, comme veut le prétendre la Compagnie, il existe pour un concessionnaire « le mode principal » et « les modes secondaires » d'exploitation, on ne voit pas comment la fourniture de force aux particuliers se rattache à l'exploitation d'un réseau de tramways :

La Compagnie nous parle d'excédents d'énergie ; « il « est permis de mettre en doute l'existence de ces excé-
« dents, alors qu'il est reconnu que les machines pro-
« ductrices d'électricité ne permettent actuellement que
« de produire exactement l'énergie dont la Compagnie a
« besoin pour la traction de ses voitures. »

D'autre part, il lui sera facile après avoir reçu une permission de voirie, d'augmenter insensiblement ses prétendus excédents, sans contrôle possible. Il y aurait donc là une exploitation distincte qu'il lui faut interdire. A l'appui de sa thèse, la ville cite MM. Berthelemy et Mestre, dont nous aurons à étudier les théories, et fait appel au grand principe administratif de la spécialité.

Le Conseil d'Etat, dans sa décision du 11 avril 1913, déclare :

1° Que la loi de 1906 ne reconnait aux particuliers aucun droit à l'obtention des permissions de voirie ;

2° Que les « Compagnies de Tramways sont aptes
« comme tous autres intéressés à obtenir des permis-
« sions de voirie pour la distribution de l'énergie élec-
« trique aux particuliers par application de la loi du
« 15 juin 1906, sauf le droit de l'autorité concédante de
« veiller à ce que l'usage de ces permissions n'apporte

« aucune atteinte au bon fonctionnement du service
« concédé. »

Quelle est la portée de cette décision ?

Dans un article paru dans les numéros de l'*Information* des 6, 16 et 21 mai 1913, M. Tochon s'est efforcé de le préciser en évitant d'en forcer le sens, comme on a été porté à le faire dans les deux camps opposés, et sa conclusion est que « les Compagnies de tramways ont, « après comme avant la récente décision du Conseil « d'Etat, le droit de vendre leurs excédents d'énergie... « Mais si elles entendent produire en vue de la vente, « elles ne peuvent le faire qu'en vertu d'une nouvelle « concession régulière. »

Nous sommes parfaitement d'accord avec cet auteur pour reconnaître que cet arrêt rendu, dans un cas tout particulier, n'a pas entendu faire une déclaration de principe sur les droits des concessionnaires de se livrer à une industrie étrangère à leur concession ; il s'est borné à proclamer que rien dans la loi de 1906 ne s'oppose à ce qu'il soit accordé des permissions de voirie aux Compagnies de Tramways comme à tout autre distributeur d'énergie, sous réserve bien entendu du droit de l'administration concédante de veiller à ce que l'usage de ces permissions n'apporte aucune atteinte au bon fonctionnement du service concédé. Et l'arrêt sous-entend évidemment : sous réserve des droits des tiers dont la sauvegarde est confiée aux tribunaux de droit commun.

Mais sans définir les excédents, sans même en prononcer le mot, il reconnaît que les Compagnies de tramways peuvent dans certains cas vendre de l'énergie et il était intéressant de le noter.

Nous citerons, pour terminer, un arrêt de la Cour de Lyon du 11 février 1914 qui paraît bien avoir admis la spécialité fonctionnelle dans toute sa rigueur.

La Compagnie du Gaz de Lyon se trouvait, à la suite d'une substitution, liée à la Compagnie des Omnibus et Tramways de Lyon par un contrat d'achat d'excédents d'énergie. Comme les excédents, quelle que soit la définition qu'on en donne, sont, somme toute, quelque chose de très variable et de très difficile à évaluer à priori, le vendeur, en l'espèce la Compagnie des Tramways, avait précisé dans le contrat ce qu'il entendait livrer sous ce nom à son acheteur, la Compagnie du Gaz : C'était « le « supplément qui reste pour compléter la pleine charge... « dans les usines actuelles et futures après le prélèvement « du courant nécessaire à l'exploitation de ses réseaux de « tramways. »

Le contrat contenait même des chiffres ; il y était dit notamment que la Compagnie des Tramways était dans l'obligation, pour assurer la bonne marche de ses services, d'installer 4 unités de 440 k. w. par 40 voitures du type en service et que cette proportion serait observée par la suite.

Il prévoyait d'autre part la vente de courant de nuit aux heures où « il n'y aurait pas de voitures en marche « sur les réseaux. »

Enfin, il y était également stipulé que l'acheteur pourrait prendre un courant égal à 6 % de la puissance totale des dynamos.

Cette dernière clause ne mettait en jeu aucune question de principe et ne présentait que des difficultés d'interprétation. Il n'en est pas de même des deux premières.

En effet, la Compagnie des tramways avait, entre temps, cessé de produire elle-même son énergie, pour acheter du courant hydro-électrique ; son matériel vapeur ne fonctionnait donc plus pour le service de la traction. La Compagnie du Gaz, forte de la clause des 40 voitures, prétendait obliger son vendeur à mettre en mouvement ce matériel-vapeur lorsqu'elle en aurait besoin, en observant, s'il le fallait, la proportion entre la puissance des machines utilisées et le nombre des voitures en service prévue par le contrat.

Elle entendait, d'autre part, affirmer son droit de prendre le cas échéant du courant de nuit.

A l'appui de ses prétentions, la Compagnie du Gaz fut amenée à formuler une théorie des excédents qui, pour ne pas être conforme à celle de la Cour de Douai, n'en était pas moins fort ingénieuse, et dont l'adoption par la Cour aurait certainement eu les plus heureuses conséquences économiques.

Le courant d'excédent, disait en substance cette Compagnie, c'est tout le courant disponible sur la totalité d'une installation effectuée en vue du service des tramways, après que ce service a absorbé ce qui lui est nécessaire. Si donc, aujourd'hui, toutes les dynamos vapeur sont disponibles, elles pourront être en totalité affectées à la production de courant d'excédent ; ce sont bien des « éléments de l'outillage légalement constitué du service des tramways ».

Cette interprétation large du terme excédent, en dehors de l'avantage qu'elle présentait pour la Compagnie elle-même et par suite pour le public appelé à user du service concédé, avait une autre conséquence heureuse : elle évitait que l'énergie accumulée en puissance dans une

installation fût perdue pour l'industrie, qu'il y eût « appauvrissement social ».

La Compagnie des Tramways, elle, se retranchait derrière l'arrêt de la Cour de Douai, estimant que son contrat ne pouvait être valable qu'à condition de ne viser que des excédents réels; que les deux parties n'avaient eu en vue dès l'origine que de tels excédents. Que si la Compagnie du Gaz pouvait la contraindre à mettre en marche ses dynamos vapeur suivant ses besoins, le courant livré ne serait plus du courant d'excédent : il serait, en effet, produit uniquement pour être vendu et il ne pourrait être produit qu'à des conditions onéreuses pour le vendeur, ce qui est contraire à l'essence même de la nature des excédents. Elle refusait pour les mêmes motifs de produire du courant de nuit.

Quant à la clause des 40 voitures, la Compagnie des Tramways déclarait n'y voir qu'une simple indication et non un engagement; les améliorations ou les modifications survenues dans le service devaient donc en modifier la portée.

Les deux Compagnies ayant soumis d'un commun accord la question à des techniciens, ceux-ci appliquèrent avec une grande rigueur la théorie jurisprudentielle, basée sur la spécialité. Ils déclarèrent qu'aucune clause du contrat ne pouvait modifier la définition même du courant d'excédent, savoir : « la quantité d'énergie qu'il « reste possible de tirer du matériel qu'il est nécessaire « de mettre en service pour l'exploitation des tramways »; que notamment les clauses des 40 voitures et du 6 % ne peuvent créer aucun droit à la Compagnie du Gaz « plus

étendu que celui défini par l'art 1^{er} (définition des excédents) ».

En second lieu, ils estimèrent que « l'engagement pris « par la Compagnie O.-T.-L. de fournir du courant de « nuit est nul : 1^o parce qu'il est contraire au principe même « d'un contrat d'excédent, et 2^o parce que la production « d'énergie destinée uniquement à être vendue à un « tiers, *est illicite pour un concessionnaire de tramways* ».

Telles étaient les dispositions de la sentence arbitrale sur les points qui nous intéressent.

La Cour de Lyon, sur appel de la Compagnie du Gaz de Lyon, se borna à confirmer cette sentence. L'arrêt est, somme toute, conforme à la jurisprudence antérieure.

Arbitres et Cour d'appel ont également reconnu l'impossibilité pour une Compagnie de Tramways de vendre autre chose que des excédents ; la Compagnie du Gaz l'a reconnue elle aussi, mais la différence des conceptions de la Cour et de la Compagnie du Gaz résultait de l'adoption ou du rejet de la notion de spécialité : La Cour de Lyon reprenant, comme l'avait fait celle de Douai, le principe de la spécialité, devait fatalement interdire à la Compagnie des Tramways de mettre en mouvement un matériel que son service, à n'importe quelle heure de la journée, laissait inactif, un matériel qui ne faisait plus partie de l'exploitation active ; elle prohibait par là tout ce qui pouvait donner à la vente de courant l'allure d'un commerce distinct et autonome.

La Compagnie du Gaz, au contraire, rejetant ce principe, n'admettait comme limitation que celle résultant de l'acte de concession, c'est-à-dire la défense faite à la Compagnie des Tramways d'engager son capital dans une exploitation

nouvelle; mettre en mouvement un matériel déjà existant, quelle que soit d'ailleurs son importance, n'est pas immobiliser son capital.

Nous pensons, pour notre part, qu'une autre notion doit intervenir : l'impossibilité pour le concessionnaire de détourner un matériel qui n'est pas sa chose du but pour lequel il a été concédé.

Cette idée n'impliquait pas d'ailleurs la défense de vendre du courant de nuit.

L'arrêt comme les arbitres firent en somme preuve d'une extrême rigueur.

§ 2. — Théorie des Tribunaux

Nous nous proposons maintenant de rechercher à quels principes ont obéi les tribunaux dans les différentes décisions que nous avons rappelées.

Cette tâche est singulièrement compliquée par la multiplicité des motifs et par l'importance qu'ont prise pour les tribunaux les questions de fait. « Ils se sont déterminés presque toujours, dit M. Duguet (1), par les « circonstances de la cause, remontant rarement aux « principes ou les indiquant seulement de façon rapide, « en de brefs attendus. »

(1) DUGUET, thèse citée, p. 50.

On peut, somme toute, généraliser le reproche fait par M. Lyon-Caen dans la note citée, au fameux arrêt de la Cour d'Aix : « Notre arrêt, sans prendre un parti formel sur cette question, « et jugeant peut-être plutôt en fait qu'en droit, s'est borné à se « prononcer sur l'espèce qui lui était soumise. »

En réalité, une règle s'est peu à peu précisée, présidant aux plus récentes décisions ; on la désigne généralement sous le nom de spécialité fonctionnelle ; nous préférons pour le moment ne la caractériser que par ses effets : cette règle interdirait à tout concessionnaire de se livrer à une industrie ou à un commerce étrangers à l'objet de sa concession.

Mais si cette règle est une dans ses conséquences, elle est complexe dans sa nature ; elle procède, comme nous l'avons vu par l'examen des motifs de nos différentes décisions, à la fois de l'obligation pour les sociétés anonymes de respecter leurs statuts, de l'affectation de l'ouvrage concédé à un service public déterminé, de considérations économiques, de craintes d'abus et de monopoles, d'interprétation de l'acte de concession et enfin, tout récemment croyons-nous, du principe administratif de la spécialité. Et encore, laissons-nous de côté, pour donner au principe toute sa généralité, l'intervention des règlements propres soit aux Compagnies de Chemins de fer, soit aux Compagnies de Tramways.

Ceci dit, la diversité des décisions a son origine dans la facilité plus ou moins grande avec laquelle les tribunaux ont admis que telle ou telle opération échappât à cette prohibition générale, en raison de son caractère *accessoire* par rapport à l'exploitation *principale*.

Ce caractère d'accessoire résulte lui-même de considérations différentes et est apprécié avec une sévérité variable suivant que l'acte incriminé constitue à l'égard du public une amélioration du service concédé ou, au contraire, n'est qu'un acte d'exploitation, purement commercial.

*
* *

Ces constatations ont conduit M. Mestre à formuler dans une note parue au Sirey, sous l'arrêt de la Cour de Douai (1), une sorte de théorie jurisprudentielle :

A sa base, et comme point de départ, l'auteur place le principe de la spécialité. Puis, il établit une distinction entre les différentes personnes avec lesquelles le concessionnaire est mis en rapport : avec les unes, celles qui entendent user du service exploité, avec le public, le concessionnaire a des relations qui ne dépendent pas d'un contrat. Si le particulier n'a pas de droit au fonctionnement d'un service public, « il peut, dit M. Du-
« guit (2), user du service dans les conditions déter-
« minées par l'acte qui l'a créé et organisé » ; tout parti-
culier peut user de ce service en se conformant aux dispositions légales qui le régissent.

En un mot : « La Compagnie concessionnaire est liée
« d'avance vis-à-vis du public tout entier » (3) qui a, à ce point de vue, ce que M. Mestre est tenté d'appeler un droit réel administratif ; c'est en vertu de ce caractère essentiel de gérant d'un service public que le concessionnaire peut accomplir valablement toutes les opérations qui, à l'égard du public, se rattachent à sa gestion. « On le voit donc, écrit M. Mestre, dès qu'un lien
« quelque ténu qu'il soit, peut être signalé, dans les

(1) S. 1911-1-33.

(2) *Revue de Droit public et de Science politique*, 1907, p. 420.

(3) MESTRE, note cit., p. 33.

« rapports de la Compagnie avec le public, entre le service concédé et tel ou tel mode de l'activité économique, ce dernier apparaît comme licite, bien entendu sous les conditions administratives exigées par les lois et l'acte de concession. »

Et les commerçants, s'ils sont lésés, n'ont pas le droit de se plaindre, car « il y a là une suite normale de l'organisation d'un nouveau service public. »

Avec les autres personnes, le concessionnaire a, au contraire, des relations contractuelles : il s'agit de tiers qui ne désirent pas user du service public et qui passent avec lui des marchés de droit commun.

Il faut, en effet, qu'un concessionnaire achète des matières premières, revende ses produits usagés, ses résidus, vive en un mot sa vie commerciale. Sur ce terrain, l'auteur estime que la société concessionnaire, investie de privilèges administratifs ne peut se servir de ces privilèges que pour la gestion proprement dite du service qui lui est concédé : « Dorénavant, en vertu de la concession, elle n'est plus l'égale des autres sociétés commerciales. Il ne faut pas que la société concessionnaire puisse employer ces privilèges administratifs à troubler le jeu normal des échanges. » Les concessionnaires ne peuvent accomplir « que les actes de commerce qui sont la *conséquence nécessaire* de l'exploitation de leur profession. »

L'adaptation de cette théorie aux différents cas soumis aux tribunaux va de soi : la création de bureaux de ville, de buffets, hôtels terminus, la vente de livres, journaux, articles de fumeurs dans les gares constituent vis-à-vis du public des améliorations, ce sont des « procédés »

de gestion du service concédé. Au contraire, la vente de charbons par les Compagnies de Chemins de fer, la vente de courant par les Compagnies de Tramways, sont des opérations purement commerciales de nature à léser les commerçants et industriels ; il faut les prohiber rigoureusement.

*
* *

Cette théorie met certainement en lumière les procédés employés par les tribunaux pour l'appréciation du caractère d'accessoire dans les cas où les opérations critiquées sont illicites en elles-mêmes ; elle rend également compte de la diversité des décisions, elle est peut-être même conforme à celle de la jurisprudence de la Cour de Douai et de la Cour de Cassation dernière manière, mais nous ne croyons pas qu'elle ait toujours guidé les tribunaux dans la recherche des limites de la liberté des Compagnies.

La notion de spécialité proprement dite qui la domine, n'est, en effet, apparue qu'assez tard.

La première décision rendue en matière de bureaux d'expéditions déclarait nettement :

« Il ne résulte ni des termes exprès de l'acte de cession, du cahier des charges, ni même de leur esprit, qu'aucune restriction ait été apportée au droit qu'a une Compagnie de se livrer à telle opération de commerce qui peut lui paraître utile... » (1)

(1) Paris, 8 avril 1847. LAMÉ-FLEURY, op. cit., p. 274.

La survivance de cette conception libérale se retrouve en cette matière jusqu'en 1879 où la Cour de Toulouse reconnaissait que les Compagnies, en créant de tels bureaux « ne font que ce que tout camionneur a le droit de faire... » (1), qu'une entreprise de camionnage facultatif est « une industrie privée et libre, régie par les « règles du droit commun... »

A ce moment la principale restriction résultait de l'article 37 du Code Commerce :

C'est en invoquant la violation de ses statuts que la Cour de Paris et la Cour de cassation condamnèrent la Compagnie de l'Est à cesser le commerce des houilles (2) et les décisions postérieures, relatives aux chemins de fer, n'ont jamais manqué de rappeler l'origine de cette restriction.

Les tribunaux ne mettaient pas cependant les Compagnies concessionnaires sur le même pied que les sociétés anonymes ordinaires. C'est ainsi que dans l'arrêt que nous venons de rappeler, la Cour de Paris décida qu'en revendant ses houilles inutilisées, la Compagnie de l'Est violait ses statuts, ce qu'elle n'aurait certainement pas osé dire d'une entreprise industrielle privée. C'est que les tribunaux portaient de cette idée que l'objet des statuts des Compagnies de chemins de fer n'est pas seulement l'industrie des transports, mais le service public des transports, c'est-à-dire une institution semi-administrative créée dans l'intérêt du commerce et de l'industrie, et qu'à ce titre, les Compagnies ne peuvent, en raison même de

(1) Toulouse, 24 juin 1879. S. 79,2,327.

(2) Paris, 17 janvier 1863. Cass., 5 juill. 1865. S. 1865,1,441.

leur objet, se servir des avantages exceptionnels qui leur ont été consentis, pour léser les intérêts qu'elles ont pour mission de développer.

Dans cette conception entrent, à côté des raisons d'ordre juridique, pas mal de considérations économiques et de sentiment. Il n'en est pas moins vrai que la théorie qui semble être alors celle des tribunaux est plus large que celle qui s'appuie sur la spécialité fonctionnelle ; car, au lieu de déclarer brutalement illicites toutes opérations qui ne constituent pas l'exploitation même du service concédé, elle ne rejette que celles de ces opérations qui semblent contraires au but qu'a poursuivi le législateur en créant telle ou telle Compagnie, elle ne prohibe que les actes de concurrence que la Compagnie fait en tant que concessionnaire, en utilisant l'ouvrage concédé ou les avantages particuliers qui lui ont été consentis. C'est une idée que nous aurons l'occasion de développer dans la seconde partie de cette étude.

*
* *

Cette première conception du rôle des Compagnies confondait dans une même notion les statuts et l'acte de concession ; la jurisprudence relative aux hôtels Terminus les distingua et rattacha l'interdiction de léser les intérêts du commerce et de l'industrie privés, à l'interprétation de l'acte de concession. Nous avons vu comment M. le conseiller Féraud-Giraud déclara que les seules restrictions qu'on pût imposer aux Compagnies étaient celles qui, à défaut de clauses formelles, découlaient de l'interprétation de l'acte de concession.

La Cour de cassation, moins minutieuse dans la recherche de leur origine, leur assigna comme source la *nature de la concession* et la nouvelle formule fut reproduite dans un certain nombre de décisions postérieures (1). Elle facilita, nous semble-t-il, par tout ce qu'elle avait de vague, l'admission du principe de la spécialité fonctionnelle. Dès 1900, la Cour de Paris, dans son arrêt du 2 août (2) justifie cette spécialité des chemins de fer par le monopole de fait dont ils jouissent.

« Considérant, dit-elle, qu'il est de principe que les
« Compagnies qui jouissent d'un monopole ne peuvent
« exercer d'autre industrie que celle pour laquelle elles
« ont été créées »...

Et le principe était si bien admis en 1908, que la Cour de Douai put dire de la Compagnie des Tramways Electriques de Lille, créée après 1867, que « les divers
« actes constitutifs de cette Société de transports
« ne prévoient et ne réglementent qu'un service de
« transports, *unique objet pour lequel cette Société fut*
« *fondée* ».

(1) « Attendu, dit la Cour Suprême, que si les Compagnies
« de Chemins de fer ne peuvent se livrer aux opérations com-
« merciales, à l'exercice des industries que la nature de leur
« concession leur interdit.., » (19 décembre 1882. D. 83, 1, 57).
Et le Tribunal de Commerce de la Seine dans son jugement du
20 mars 1899 (S. 1901, 2, 135) : « Attendu que, si les Compagnies
« ne peuvent se livrer aux opérations commerciales et à l'exercice
« d'industries que la nature de leur concession leur interdit, et
« qui ne sauraient être considérés comme un accessoire de leur
« exploitation .. »

(2) S. 1901, 2, 137.

Enfin, le mot de spécialité lui-même, prononcé par M. Mestre et M. Berthélemy à l'occasion de cet arrêt, fit fortune ; il a joué un rôle de tout premier ordre dans les plus récentes discussions relatives aux ventes d'excédents de courant.

Nous aurons à examiner le bien-fondé de cette extension de l'idée de spécialité.

CHAPITRE III

ETUDES DOCTRINALES

Les études doctrinales peuvent se répartir, d'après leur sévérité à l'égard des Compagnies, en deux catégories :

Les théories libérales ont cherché à étendre la liberté commerciale des sociétés concessionnaires en n'admettant, en principe, que les restrictions imposées par des textes formels; le type en est la théorie purement commerciale formulée par M. Lyon-Caen.

A ces opinions, nous devons opposer toute la gamme des théories fondées sur la spécialité fonctionnelle dont un des représentants les plus autorisés est M. Berthélemy.

§ 1^{er}. — Théories libérales

C'est à l'occasion de l'arrêt de la Cour d'Aix du 15 février 1882 (1), que M. Lyon-Caen s'efforça de déga-

(1) S., 1882, 2, 169.

ger les principes qui devaient guider la jurisprudence dans les nombreux conflits soulevés entre industriels et Compagnies de chemins de fer, par les actes de commerce que ces dernières peuvent être appelés à faire en marge de leurs attributions propres.

Il pose nettement la question : « Les Compagnies de Chemins de fer ont-elles la faculté de se livrer à un commerce ou à une industrie étrangère à la construction et à l'exploitation des lignes concédées? »

Pour la résoudre, il remarque qu'« aucun texte de loi n'apporte expressément, en ce qui concerne les Compagnies de Chemins de fer, de dérogations au grand principe de la liberté de l'industrie ».

« Il faut en conclure, ajoute-t-il, qu'en règle générale, une Compagnie de Chemins de fer peut se livrer à un commerce ou à une industrie ne se rattachant pas essentiellement à la construction et à l'exploitation des lignes qui lui ont été concédées. »

A ce principe, il n'existe que deux restrictions : La première, très générale, résulte de l'article 37 du Code de commerce, sous le régime duquel sont placées la plupart de ces Compagnies, créées avant la loi du 24 juillet 1867. Aux termes de l'article 37, les sociétés anonymes devaient obtenir l'autorisation du gouvernement qui approuvait leurs statuts, et demeuraient soumises à son contrôle et à sa surveillance; elles ne pouvaient modifier leur objet sans autorisation spéciale.

La seconde peut être la conséquence d'une clause formelle de leur acte de concession.

Hors de là, pas d'atteintes à leur liberté. L'auteur repousse, pour des raisons que nous aurons à développer,

toutes celles qu'on fait découler de leur « objet spécial » ou du « monopole de fait dont elles jouissent ».

Il recherche ensuite les conséquences de la violation de ces limites ; il en trouve deux : le retrait de l'autorisation accordée par le gouvernement, sanction dont la rigueur doit faire rejeter l'emploi, enfin et surtout « le droit pour
« les commerçants ou les industriels auxquels la concurrence de la Compagnie préjudicie, d'obtenir de celle-ci
« des dommages-intérêts et de la faire condamner à
« cesser l'exercice du commerce ou de l'industrie qui ne
« se lie pas à son exploitation ».

Que dire de cette théorie ? Il est clair que M. Lyon-Caen a rejeté de parti pris toute considération découlant de la qualité de concessionnaire. « Nous avons essayé,
« dit-il, de résoudre notre question, et pour cela, nous
« n'avons pas, comme on le fait ordinairement, invoqué
« le monopole dont jouissent les Compagnies de Chemins de fer et dit que ce monopole doit être limité à
« l'objet déterminé par le cahier des charges. Nous
« n'avons pas non plus argumenté de ce que les Compagnies ne peuvent percevoir que les taxes fixées par des
« tarifs dûment homologués... A divers points de vue,
« ces arguments sont essentiellement faux ». Nous sommes pleinement d'accord sur ces déclarations de principe ; mais nous ne pouvons oublier qu'il est au moins une restriction qui dérive d'un principe de droit public incontestable : du principe de l'inaliénabilité du domaine public. Il est vrai que M. Lyon-Caen écrivait à une époque où les Compagnies de tramways n'avaient pas encore fait parler d'elles et où les tribunaux n'avaient eu en face d'eux, comme le reconnaît M. Lyon-Caen lui-même,

que des « Compagnies constituées avant la suppression
« de l'autorisation préalable. »

La note de M. Lyon-Caen au Sirey était suivie d'une note anonyme beaucoup plus sévère pour les Compagnies et que nous aurons l'occasion de mentionner.

2.

La divergence d'opinions se manifestant dans ces deux notes provoqua un article de M. Dumay dans le journal *La Loi* (1). M. Dumay accepte la théorie large de M. Lyon-Caen; aux arguments économiques des partisans de la spécialité, il oppose d'autres arguments non moins impressionnants : la concentration des efforts et des capitaux, dit-il en principe, profite aux consommateurs et si, ce qu'il ne croit pas, les Compagnies concessionnaires avaient une supériorité quelconque sur les autres commerçants pour baisser les prix, il faudrait les encourager; mais en réalité il ne faut pas perdre de vue que « si la
« Compagnie peut, comme industrielle ou commerçante,
« réaliser une économie sur les frais de transport de ses
« produits, c'est à la condition de se priver de bénéfices
« équivalents que lui procurerait sa qualité de transpor-
« teur ».

Il n'existe qu'un seul danger, c'est que la Compagnie néglige son exploitation principale pour une branche accessoire, lorsqu'elle y trouve avantage; mais ce danger ne permet pas de suppléer à un texte de loi qui fait défaut, car « ce n'est pas par voie de déduction que se
« créent les dérogations au droit commun ».

(1) *La Loi* n° du 14 janvier 1883.

« entreprises ayant le même objet que l'entreprise concédée et destinées à faire concurrence à des industries particulières » (1).

C'est ainsi que l'auteur rapporte que certaines Compagnies ont parfois monté à grands frais des entreprises de transport par terre destinées à combattre la concurrence d'entreprises de roulage. « Ces procédés, ajoute-t-il, contre lesquels de vives protestations s'élèvent justement, n'ont cependant rien de contraire au droit. Les principes de la liberté commerciale proclamés en 1791 en autorisent l'emploi, si injuste qu'il puisse paraître. »

« ... Le monopole dont jouissent les Compagnies ne leur enlève pas d'ailleurs le bénéfice du droit commun. Si donc on ne trouve pas dans leurs cahiers des charges des clauses restrictives et exceptionnelles, les tribunaux ne sont pas fondés à accueillir les réclamations des tiers et à leur faire des défenses qui ne rentrent pas dans le domaine de l'autorité judiciaire. » (Consult. Cass. 7 juill. 1852. Ch. fer Strasbourg à Bâle. S. V. 52-1-710).

§ 2 — Théories restrictives

En quittant les théories très libérales qui étudient principalement la question sur le terrain du droit commercial positif, nous rencontrons, avant d'aborder les théories fondées sur la spécialité proprement dite, toute une série d'études qui, sans prendre nettement parti sur la sources juridique de l'incapacité des Compagnies, ne

(1) *Traité des travaux publics* 2^e Ed., T. II, p. 98 n^o 1715

reconnaissent pas moins qu'en pratique on ne saurait les soumettre au régime de la libre concurrence.

1^o *Théories interprétatives.* — Une note anonyme parue au Sirey à la suite de la première note de M. Lyon Caen (1) était ainsi conçue :

« Nous croyons que, même dans le silence de l'acte
« de concession, les Compagnies de chemins de fer ne
« peuvent se livrer à des opérations commerciales en
« dehors de l'objet de leur exploitation.

« Il y a lieu de sous-entendre cette prohibition, qui
« doit être considérée comme ayant été tacitement im-
« posée par l'Etat concédant et acceptée par les Compagnies
« concessionnaires, parce qu'une pareille interdiction
« ressort de la nature même de la concession. »

L'auteur justifie cette atteinte en remarquant que par leur concurrence, ces Compagnies deviendraient « la
« ruine des intérêts qu'elles ont pour mission de protéger
« et de vivifier. »

*
* *

Nous avons déjà rappelé l'opinion de M. Féraud-Giraud qui, bien que partant d'un point de vue tout à fait libéral, aboutit néanmoins à n'autoriser que les opérations qui constituent une amélioration du service concédé.

Dans son « Code des Transports », cet auteur insiste sur l'impossibilité pour les Compagnies de se livrer à un

(1) Sirey, sous Aix S. 1882 2-169.

commercé autre que celui des transports. « Si la lutte
« contre le négociant qui obtiendrait un avantage pour
« ses transports est difficile, que serait-elle, si elle était
« soutenue par le chemin de fer lui même ? » (1).

*
* *

Et M. Bédarride d'écrire : « D'abord, les Compagnies
« de chemins de fer ne peuvent entreprendre rien au-
« delà de ce qui constitue l'objet de leur entreprise, et
« cet objet, c'est uniquement l'exploitation de la voie
« ferrée. Cette interdiction était la conséquence forcée
« de leur institution qui a pour fondement bien moins
« l'intérêt particulier des actionnaires que l'intérêt public,
« que l'utilité générale. » (2).

Remarquons que ces auteurs procèdent par interpré-
tion de la volonté du législateur ou du concédant (3), ce
qui en matière de dérogation au droit commun peut
paraître téméraire.

2^o *Théories fondées sur la spécialité.* — Les auteurs
les plus récents ont franchement soumis les Compagnies
par suite de la nature quasi administrative des services
qu'elles exploitent, au principe de la spécialité.

(1) FÉRAUD-GIRAUD, *Code des Transports*, T. I, p. 41, n^o 43.

(2) BÉDARRIDE ET RIVIÈRE. *Des chemins de fer*, 3^e éd. T. I, n^{os} 5 et s.

(3) « Induire de là que le législateur n'a pu avoir la pensée de
« permettre un abus aussi dangereux, c'est évidemment saisir sa
« véritable intention et s'y conformer ». Bédarride. op. cit.,
T. I, n^o 6.

Nous avons eu déjà à exposer la théorie de M. Mestre (1) ; celle de M. Duguet (2) n'en est que le développement. Cependant M. Mestre s'était borné à faire intervenir le principe de la spécialité en tant que règle de bonne administration ; M. Duguet l'entend à la façon de M. Michoud (3) c'est-à-dire, verrons-nous, qu'il en fait une règle générale frappant toutes les personnes morales. Il en fait encore quelque chose de plus : d'après M. Michoud, la spécialité pour les sociétés est affaire d'ordre intérieur ; pour M. Duguet, elle se manifeste par l'intervention des tribunaux qui la font respecter à l'égard des tiers lésés.

*
* *

Chez M. Berthélemy, au contraire, le principe administratif de la spécialité est précisé avec toutes les conséquences qu'il comporte :

C'est à propos de la vente par les Compagnies de tramways de leurs excédents d'énergie que M. Berthélemy a exposé sa théorie purement administrative (4). Nous laisserons de côté, pour l'examiner, tous les arguments qui trouvent leur origine dans les dispositions de la loi du 15 juin 1906, relative aux distributions d'énergie, afin de donner à la solution toute la généralité qu'elle comporte.

(1) V. p. 56

(2) Thèse citée.

(3) MICHOD — La théorie de la personnalité morale et son application en droit français 1909, t. II, pp. 143 et 144.

(4) Note sous Req., 18 avril 1910. D. 1910, 1, 425.

M. Berthélemy rappelle d'abord le danger que courrait l'industrie privée en face des compagnies concessionnaires, si on les autorisait à se livrer sans limitation à l'exploitation d'entreprises étrangères à leur concession. « Comment, dit-il, les marchands d'énergie seraient-ils garantis contre les abus et notamment contre le développement excessif d'usines de production ? ».

Puis, il s'attache à mettre en lumière le principe administratif de la spécialité, invoqué par la Cour de Douai sans toutefois le nommer, et c'est ce principe qui forme en quelque sorte le pivot de tout son système. Après en avoir rapidement rappelé l'origine et les manifestations, il le justifie en ces termes :

« Il est la conséquence de cette règle absolue qu'aucun administrateur d'aucun service ne peut exercer aucun pouvoir, ni accomplir aucun acte qui ne soit formellement prévu par les lois et règlements ».

De cette conception très compréhensive du principe, M. Berthélemy conclut qu'il s'applique à tous les services publics, « même aux services concédés », et cela, parce que la Compagnie concessionnaire ne peut avoir « en ce qui touche l'exploitation du service à elle concédé plus de droits que n'en aurait le concédant ».

La Compagnie concessionnaire ne pourra donc pas sortir de sa spécialité, et son cahier des charges est la règle exclusive qui fixe ses pouvoirs et ses droits.

Dans cette théorie, on invoque un autre argument qui ne se lie pas forcément au principe de la spécialité et que nous acceptons volontiers : Les Compagnies concessionnaires n'ont pendant la durée de leur concession ni droit de propriété, ni un droit réel quelconque sur le matériel

qui est mis à leur disposition pour assurer le service public qu'elles exploitent; ce matériel revient en fin de concession au concédant qui n'en a pas abandonné la propriété; donc, le concessionnaire ne peut pas le détourner de sa destination en l'utilisant à des entreprises étrangères à son service.

Ramenée ainsi à ce qu'elle a de général, en faisant abstraction des arguments propres aux distributions d'électricité, cette théorie nous semble inadmissible dans son intégrité.

Certes, un concessionnaire peut, en profitant des avantages qui lui sont consentis à ce titre, vendre certains produits à un prix défiant toute concurrence. Mais si l'on remarque que les opérations qui mettent en jeu le matériel concédé ne sont licites qu'à condition de constituer l'accessoire du service concédé, la valeur de cet argument purement économique est singulièrement amoindrie. D'ailleurs, cet inconvénient devient un avantage pour les consommateurs, comme le remarque fort justement M. Dumay (1); enfin, le jeu des autorisations administratives constitue dans chaque cas particulier une garantie vis-à-vis du producteur aussi bien que du consommateur, comme nous aurons l'occasion de l'exposer.

Au point de vue juridique, l'extension du principe de la spécialité aux sociétés concessionnaires ne nous semble pas justifiée par le raisonnement de M. Berthélemy : nous croyons notamment impossible d'admettre que le concessionnaire ne puisse avoir plus de droits que le concédant, puisque le concédant, personne administrative,

(1) *La loi*, n° du 24 janvier 1883.

est lié par le principe de la spécialité, tandis que le concessionnaire, personne de droit privé, conserve de sa liberté commerciale tout ce que l'acte de concession ne lui a pas formellement enlevé et tout ce qui est compatible avec la nature particulière de son droit sur l'ouvrage concédé.

C'est une idée que nous aurons à développer au sujet de la spécialité fonctionnelle.

*
* *

Nous notons, pour mémoire, en ce qui concerne les tramways électriques, un exposé de la question assez documenté, notamment au point de vue technique, de M. Tochon (1) qui n'apporte malheureusement au point de vue juridique aucun élément nouveau de discussion et se borne à chercher les points de contact de la théorie restrictive avec les décisions jurisprudentielles.

Arrivés à ce point de notre étude, si nous jetons un regard d'ensemble sur les théories doctrinales, nous nous apercevons des divergences profondes, on pourrait même dire des antithèses frappantes qu'elles présentent.

Tandis que les unes accordent liberté entière aux sociétés concessionnaires de se livrer à des opérations complètement étrangères à l'exploitation de leur service, les autres limitent étroitement leur activité aux actes qui rentrent dans leur spécialité fonctionnelle.

D'autre part, nous avons vu comment les tribunaux, en mêlant aux arguments tirés des textes et notamment

(1) *L'Information*, nos des 6, 16 et 21 mai 1913.

de l'article 37 du Code de Commerce, des arguments tirés des faits de la cause et des considérations d'ordre pratique, ont rendu difficile un travail de coordination et quel caractère complexe devrait avoir une théorie basée sur leurs décisions.

Nous nous proposons, en nous en tenant aux principes, d'essayer de déterminer les sources de restrictions qui se justifient en droit.

DEUXIÈME PARTIE

ESSAI D'UNE ÉTUDE THÉORIQUE DE LA QUESTION

En présence de ces difficultés, on pourrait être tenté, pour exposer la question d'une façon rationnelle, de rechercher dans une étude historique l'origine des restrictions actuellement apportées à la liberté commerciale des sociétés concessionnaires.

On pourrait faire remarquer notamment que les Compagnies de navigation furent, elles aussi, des groupements de capitaux en vue d'entreprises d'intérêt général, qu'en même temps qu'elles avaient pour but l'enrichissement de leurs membres, elles visaient au développement de la richesse nationale et plus particulièrement à la mise en valeur pour le compte de l'Etat de certaines colonies improductives. Elles avaient généralement comme charges le devoir de peupler la colonie et de l'exploiter. En échange, le roi en faisait une personne noble et lui accordait un monopole avec certains privilèges (1). C'était

(1) THALLER. — Les sociétés par actions dans l'ancienne France, *Annales du droit commercial*, XV, 1901, pp. 185 à 201.

en somme un véritable concessionnaire et un concessionnaire privilégié.

Mais plusieurs raisons rendent cette étude stérile et vaine : la prospérité de ces compagnies ne fut jamais comparable à celle des grandes sociétés de banque italiennes, dont plusieurs furent créancières des rois, et elles eurent toujours besoin pour subsister de l'étroite collaboration du pouvoir central (1); aussi n'eurent-elles jamais l'indépendance nécessaire pour sortir de l'objet strict de leurs statuts.

Ces derniers étaient d'autre part si soigneusement et si minutieusement rédigés qu'ils n'abandonnaient rien à l'initiative des Compagnies.

Enfin et surtout, on ne peut s'adresser aux institutions d'une époque dont les caractéristiques étaient une sévère réglementation et une monopolisation commerciale, pour éclairer une situation nouvelle créée par le jeu de la libre concurrence.

Nous allons donc prendre une compagnie dans son cadre actuel et nous demander d'où peut, pour elle, découler, dans certain cas, l'interdiction de se livrer à telle ou telle opération étrangère à sa concession.

(1) C'est ainsi que Louis XIV voulut devenir le principal actionnaire de la Compagnie des Indes et s'engagea à contribuer pour le cinquième aux dépenses qu'exigeaient les trois premiers armements. Il était prévu, en outre, une gratification par tonneau de marchandise. Enfin, la royauté s'immit dans les comptes de la Compagnie et fixa elle-même le chiffre des dividendes (Frignet, *l'Association commerc.*, p. 229).

CHAPITRE PREMIER

LES COMPAGNIES ET LA LIBERTÉ DE L'INDUSTRIE

§ 1^{er}. — Identité des Compagnies

Une Compagnie est une société anonyme et, comme telle, une personne morale de droit privé (1).

En second lieu, la compagnie est un commerçant.

Cette qualité a pourtant été contestée à l'origine aux Compagnies de chemins de fer qui ont été considérées par quelques auteurs comme des administrations publiques ; mais la jurisprudence a fait justice de cette erreur (2). Il est absolument certain aujourd'hui que les

(1) LYON-CAEN et RENAULT, — *Traité de Droit commercial*, t. II, nos 105 et s.

FUZIER-HERMANN. — *Répertoire* Vo sociétés, nos 467 et s. Vo personne morale, n° 25.

THALLER. — n° 205.

GUILLOUARD. — *Traité du contrat de société*, n° 26.

LABBE. — Note au Sirey 1881-2-249, etc.

(2) Cass. 8 nov. 1892. D. 1893-1-78.

entreprises de transports (1) et en général toutes les entreprises concédées de services publics dits commerciaux sont commerciales ; notamment les actions intentées par les particuliers contre les concessionnaires pour obtenir l'exécution de leurs obligations sont de la compétence des tribunaux de commerce, les modes de preuves admis contre eux sont ceux de droit commercial (2).

Enfin, ce qui achève de caractériser les compagnies, c'est qu'elles ont passé avec une personne morale administrative un contrat d'un genre particulier, un contrat de concession.

De leur qualité de commerçant nous tirerons une conséquence : les compagnies bénéficient en principe comme toutes les entreprises commerciales et dans les mêmes conditions du régime de la liberté du commerce et de l'industrie. Ce principe, personne ne le conteste, mais on oublie trop souvent qu'il constitue la règle et que toute atteinte à la liberté est l'exception. Or, en matière de dérogation au droit commun, l'interprétation la plus stricte s'impose. Nous n'accepterons donc que les restrictions à cette liberté fondamentale qu'imposent formellement la loi, les conventions ou la loyauté.

(1) DALLOZ. — *Répertoire*. Vis acte de commerce, 76. Voirie par chemins de fer, 90.

(2) Cass. 28 juin, 1843. S. 1843-1-574.

FÉRAUD-GIRAUD. — *Op cit.*, t. II, n° 985 et 827.

BLANCHE. — *Contentieux des chemins de fer*, n°s 160 et s.

AUCOC *Conférences* 2^e éd., t. 3, n° 1606.

BÉDARRIDE, t. II, n°s 568 et suiv.

Cass., 18 avril 1831. S. 1831-1-283, etc...

§ 2. — Origines des restrictions

La loi, les conventions ou les règles propres à la concurrence déloyale peuvent modifier la capacité ou la liberté des compagnies, tant en raison de leur nature qui est d'être des sociétés commerciales, qu'en raison de leur qualité qui est d'être concessionnaires d'un service public. C'est donc à ces deux points de vue que nous nous placerons successivement pour les étudier, en laissant, bien entendu, de côté les textes réglementaires propres à chaque industrie concédée, dont le nombre et la variété sont illimités.

Nous verrons qu'au premier titre elles tombent sous le coup de la législation propre aux sociétés anonymes et sont limitées par les principes de la concurrence déloyale. Au second point de vue, elles peuvent rencontrer des restrictions importantes dans les différentes clauses de l'acte de concession et notamment dans celles qui stipulent le retour au concédant de l'ouvrage public et du matériel qui leur sont confiés.

Nous aurons entre temps à nous demander si le principe de la spécialité peut à l'un ou à l'autre titre, ou même de ces deux chefs, apporter une limite à leur activité.

§ 3. — Personnalité morale et capacité

Préalablement à toute discussion, il est nécessaire que nous supposions résolu le problème de la capacité des personnes morales.

On le rattache quelquefois à celui de la fiction ou de la

réalité de la personnalité; il en est, selon nous, indépendant et distinct. Nous ne nous attarderons donc pas à examiner les modalités innombrables de l'un ou de l'autre système. Remarquons simplement que les savantes raisons que M. Michoud a habilement présentées, d'opter pour le système de la réalité, ne nous ont pas entièrement convaincu de la nécessité d'abandonner le système ancien de la fiction (1).

Que l'on conclue avec cet auteur de la définition même du droit subjectif (2) que la personne morale est réelle parce que capable de droits, que l'on fonde cette réalité sur l'existence d'une volonté collective, distincte de la volonté individuelle des individus du groupe (3), sur l'assimilation du groupe à un organisme, sur la réalité du phénomène de la représentation (4);

Que l'on s'en tienne au contraire au système de la fiction tel que l'a présenté Savigny (5), qu'on ramène la notion de personnalité à celle de patrimoine collectif, à la manière de MM. Planiol (6) et Berthélemy (7);

(1) MICHOD. — *La théorie de la personnalité morale*, t. I, p. 22 et suiv.

(2) MICHOD. — *Op. cit.*, p. 105, définit le droit subjectif :

« L'intérêt d'un homme ou d'un groupe juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre ».

(3) GIERKE. — *Genossenschaftstheorie*, p. 608.

(4) HAURIOU. — *Précis de Droit administratif*, 4^e éd., p. 108, note. *Revue générale de droit*, 1898, p. 5.

(5) *Traité de Droit Romain*, t. II, p. 23 et suiv.

(6) PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 6^e éd., t. I. Nos 3017 et suiv.

(7) BERTHELEMY. — *Traité élémentaire de Droit administratif*, 6^e éd., p. 26 et suiv.

Ce qui importe, c'est de s'entendre sur la notion de *capacité*.

Or, nous admettons avec la majorité des auteurs actuels le système de la capacité générale, parfaitement compatible avec l'idée de fiction (8).

(8) « La fiction, si fiction il y a, peut être entendue en ce sens que la personne fictivement créée sera assimilée à une personne physique sur tous les points où cette assimilation est compatible avec sa nature, et où la loi ne vient pas elle-même apporter une restriction ». Michoud, *op. cit.*, t. II, p. 115.

Quelques auteurs refusent aux personnes morales, même en matière de droit patrimoniaux, une capacité générale. M. Ducroq déclare que leur capacité « est toujours limitée à certains actes de la vie civile ; que cette limitation est variable suivant chaque nature d'établissement ». De la personnalité civile du St-Siège, *Revue de Droit public*, t. I, p. 67.

Pour M. Tissier (*Traité des dons et legs*, n° 263) « elle ne correspond à rien de fixe, elle est ondoyante et diverse » et cela parce que les personnes morales « n'ont qu'une capacité purement artificielle qui leur est octroyée par un acte de l'autorité publique ».

Cette thèse a été réfutée par M. Michoud, t. II, p. 117 et suiv.

Et la majorité se rallie au système de la capacité générale :

Aubry et Rau, 4^e éd., t. I, § 54, p. 179.

Lyon-Caen et Renault. — *Traité de Droit Comm.*, t. II, § 119.

Planiol. — Note au Dalloz, 95, I, 217.

Thaller. — Note au Dalloz, 96, I, 145.

Piébourg. — De la condition des personnes civiles (thèse), 1875, p. 178.

CHAPITRE II

RESTRICTIONS DÉCOULANT DE LA NATURE COMMERCIALE DES COMPAGNIES

§ 1. — L'Article 37 du Code de Commerce

Ceci posé, remarquons qu'une grave restriction à la capacité commerciale des sociétés anonymes résulte de l'art. 37 du Code de commerce :

« La société anonyme, disait cet article, ne peut
« exister qu'avec l'autorisation du roi, et avec son appro-
« bation pour l'acte qui la constitue; cette approbation
« doit être donnée dans la forme prescrite pour les règle-
« ments d'administration publique ».

On pourrait supposer que cette disposition, abrogée par la loi du 24 juillet 1867, ne présente plus à l'heure actuelle qu'un intérêt historique; en réalité, la plupart des Compagnies de chemins de fer ont été constituées sous l'empire de l'art. 37. Celles de ces sociétés qui n'ont

pas usé de la faculté donnée par l'art. 46 de la loi nouvelle, se trouvent encore soumises à l'ancien régime (1).

L'art. 37 posait le principe de l'autorisation préalable. Le but de cette formalité ressort nettement d'explications placées en tête de l'instruction ministérielle du 22 octobre 1867, relative à la procédure de l'autorisation (2). « Le but de l'autorisation est purement et simplement « de certifier au public, d'abord la vérification des bases « sociales et l'existence des moyens annoncés, moyens « reconnus être en rapport avec l'entreprise; en second « lieu, qu'un examen attentif a été fait de la moralité et « de la convenance de l'administration sociale ».

Pour permettre la vérification et l'examen dont il est question, l'instruction prévoit que « les statuts pour « l'administration sociale seront produits en même temps « que l'acte constitutif... », et décide « que les actes sociaux doivent énoncer : l'affaire ou les affaires que la « société se propose d'entreprendre et la désignation de « celui de leurs objets qui leur servira de dénomination... »

Le but de la société, la nature de son entreprise, son objet, constitue donc un des éléments des statuts soumis à l'approbation du gouvernement. De plus, « la société « anonyme, dit l'article 37, ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi », ce qui signifie, comme l'explique

(1) En fait, les Compagnies de chemins de fer n'ont pas usé de cette faculté.

Béquet. — *Répertoire de Dr. Adminis.* Vo Voies ferrées, p. 845.

(2) Delangle. — *Des sociétés commerciales*, t. II, p. 53 et suiv. note.

M. Delangle (1) que non seulement elle n'existe, mais qu'elle « ne peut durer » qu'avec cette autorisation. C'est dire que chaque fois qu'elle voudra modifier tout ou partie des statuts, il lui faudra demander une autorisation nouvelle et qu'elle ne pourra en particulier modifier sans autorisation l'objet, dont la désignation est partie intégrante de ses statuts (2).

Ceci nous conduit à décider que, sous l'empire de l'article 37, à moins de clauses expresses des statuts lui réservant cette faculté, une Compagnie de chemins de fer ne pourra entreprendre le commerce des charbons, qu'une Compagnie créée pour l'exploitation d'une usine à gaz ne pourra exploiter une industrie de produits chimiques. Ainsi formulée, notre restriction ne fait aucun doute et tout le monde est d'accord sur son existence. Mais le problème ne se présente pas ordinairement sous une forme aussi nette : la question qui se pose, avons-nous vu, n'est pas de savoir si une Compagnie de chemins de fer peut faire le commerce des charbons, mais si elle a le droit de revendre des houilles inutilisées ; elle n'est pas de savoir si une usine à gaz peut se livrer au commerce des produits chimiques, mais si elle peut transformer ses sous-produits pour les revendre. Or, il y a dans toute entreprise de l'importance de celle des Chemins de fer par exemple, une série d'opérations commerciales qui, sans constituer au sens strict du mot l'exploitation même de la concession, s'y rattachent néanmoins si

(1) Op. cit., t. II, p. 59.

(2) Cass., 16 juillet 1838. S. 38, 1. 589. — 5 juillet 1865. S. 65, 1. 441.
Cf Lyon-Caen, note cit. au Sirey.

étroitement qu'on s'étonnerait de voir la Compagnie concessionnaire ne pas y recourir dans le but d'améliorer son service; il en est d'autres qui, sans s'imposer, n'en constituent pas moins des progrès utiles au public appelé à user du service concédé. De tels actes sont-ils permis à une société anonyme, lorsqu'ils n'ont pas été formellement prévus par ses statuts? C'est là que réside la véritable difficulté. Nous examinerons d'abord les actes non conformes aux statuts et en deuxième lieu les actes contraires aux statuts.

*
* *

Les statuts approuvés par ordonnance royale étaient publiés au *Bulletin des Lois* et l'art. 45 du Code de Commerce disposait : « l'ordonnance du roi qui autorise
« les sociétés anonymes devra être affichée avec l'acte
« d'association et pendant le même temps ».

Ne devrait-on pas décider en conséquence que tout acte non conforme aux dits statuts est nul? Que toute personne intéressée peut se prévaloir de cette nullité? —

On pourrait être tenté de répondre affirmativement. Mais nous sommes partis de cette idée que les personnes morales ont une capacité générale, c'est-à-dire qu'elles peuvent faire tous les actes compatibles avec leur nature, qui ne leur sont pas formellement interdits par un texte ou par un principe certain de droit. Donc « une opération ne doit
« pas être réputée défendue par cela seul qu'elle n'est pas
« autorisée par les statuts. » (1) La limite de la capacité

(1) DeJangle, *op. cit.*, t. II, n° 488.

d'une société anonyme est le but prévu par ses statuts ; mais pour poursuivre ce but, les statuts ne peuvent réglementer tous les moyens qui vont être mis en œuvre au cours de l'existence de l'être moral, car il est de l'essence même des sociétés commerciales d'utiliser pour leurs fins des procédés multiples et divers, et la législation qui condamnerait de telles sociétés à renoncer à la mise en œuvre de ces procédés, supprimerait du coup toute leur utilité et leur raison d'être. Comme le remarque fort justement M. Delangle (1), « avec le système qui fait des « statuts publiés comme l'arche sainte à laquelle on ne « peut toucher, et qui condamne les administrateurs à « les exécuter littéralement, il n'y a pas d'améliorations « possibles. La société est frappée d'immobilité : il faut « qu'au moindre choc elle se dissolve ».

Donc, comme toutes les sociétés commerciales, les sociétés anonymes ont le droit et le pouvoir de faire tout ce qui se rattache au but qu'elles se sont proposé.

Pour déterminer les opérations permises aux sociétés que nous étudions, il ne faut pas oublier leur caractère de concessionnaire : Une Compagnie qui aurait uniquement pour objet d'assurer pour le compte d'un autre entrepreneur l'exploitation technique de la voie, sans être mise directement en rapports avec le public, n'aurait évidemment qu'un but : assurer, industriellement parlant, une marche régulière des véhicules, éviter les accidents, observer les horaires, viser à une parfaite économie technique du réseau.

Mais une Compagnie, dont l'objet est le service public

(1) Delangle, *op. cit.*, t. II, n° 489.

des transports, a un autre but beaucoup plus vaste : c'est d'offrir aux particuliers qui useront du service toutes les commodités et tout le confort possibles, de tendre vers toujours plus de bien-être et plus de sécurité.

Nous reconnâtrons donc à ces Compagnies la possibilité de faire, sans sortir des limites de leurs statuts, deux sortes d'opérations :

Celles qui sont l'accessoire de l'exploitation industrielle, celles qui constituent une amélioration du service concédé.

Parmi les premières, il faut ranger tous les actes qui, au point de vue technique, sont la conséquence, la suite logique et directe de l'industrie envisagée.

Cette définition peut sembler vague ; cela est fatal, puisqu'il s'agit de caractériser les actes illimités en nombre et en nature de la vie commerciale et industrielle. Elle permet néanmoins d'établir une ligne de démarcation bien nette entre les opérations de spéculation, faites à l'occasion de l'exploitation principale, mais complètement étrangères à l'objet de la société, et les actes de commerce portant sur les produits mêmes de l'industrie. C'est ainsi que nous refuserons le caractère d'accessoire à la revente de tous les objets qu'une bonne exploitation n'obligeait pas la société à acheter ; une Compagnie, par exemple, profite-t-elle des prix avantageux qui lui sont consentis pour acheter des quantités de charbon supérieures à ses besoins et organiser un commerce de ses houilles inutilisées, il faut condamner impitoyablement un tel agissement qui constitue au premier chef une violation des statuts.

Mais supposons au contraire qu'une Compagnie soit placée en face de l'alternative suivante :

Ou bien acheter à des conditions onéreuses des charbons calibrés, presque intégralement utilisables pour la traction ; ou bien acheter à bas prix du tout-venant, quitte à procéder à un triage et à revendre le menu.

Si elle se rallie à ce second procédé, uniquement parce qu'il lui donne pour son charbon un prix de revient inférieur, elle ne fait qu'un acte de bonne exploitation. Notre désaccord sur ce point avec les tribunaux n'est qu'apparent : ce que la Cour de Cassation condamnait dans son arrêt du 5 juillet 1865, c'était, avant tout, l'usage de la voie ferrée à tarif réduit, formellement prohibé par le cahier des charges ; c'était aussi la régularité et l'organisation de la vente des charbons, pour laquelle la Compagnie utilisait d'une façon constante son matériel, sans respecter l'égalité des tarifs, concours de circonstances propre à justifier les rigueurs de la Cour suprême.

Le caractère d'accessoire, parfois délicat à déterminer, apparaît au contraire immédiatement lorsqu'il s'agit de la vente de sous-produits, même transformés : vente de coke, de sulfate d'ammoniaque, de goudron, d'huiles de houille par une Compagnie gazière, vente d'excédents réels de courant par une Compagnie de tramways (1).

La Société qui négligerait de semblables opérations ferait évidemment acte de mauvaise administration industrielle.

De cette notion va découler également pour la Société anonyme le droit de mettre, comme tout autre industriel,

(1) Nous verrons que la question est controversée pour les tramways ; pour nous, la licéité de cette vente ne fait aucun doute.

à la disposition de son personnel, des habitations à bon marché ou des économats.

Enfin, la Société pourra faire tous les placements de capitaux qu'implique une bonne gestion financière, elle pourra les faire fructifier dans des entreprises commerciales ou industrielles qu'elle ne gèrerait pas directement, elle pourra les déposer dans des établissements de crédit pour servir à des opérations de bourse ou de banque.

Dans la deuxième catégorie des opérations permises se rangent tous les actes qui, pour ne pas constituer par eux-mêmes et pris isolément l'industrie exploitée, n'en constituent pas moins vis-à-vis du public une amélioration du service concédé. Nous citerons parmi eux le fait pour une Compagnie de transports de mettre à la disposition des voyageurs, des hôtels à proximité de ses gares, de passer des traités avec des marchands de journaux, de livres, d'articles de fumeurs, pour la vente de ces différents objets dans ses salles d'attente, de créer enfin des bureaux d'expéditions dans les villes.

* *

Que dire, au contraire, des actes qui sont en *opposition* avec l'objet et le but du contrat ?

Même pour les auteurs qui, avec M. Delangle (1) admettent que les statuts des Sociétés anonymes, pour être approuvés et publiés au Bulletin des Lois, n'en demeurent pas moins des conventions particulières et qui estiment en conséquence que certains actes contraires

(1) Delangle, Op. cit., t. II, p. 71.

à la lettre des statuts ne sont pas nécessairement nuls, les actes en opposition avec l'objet et le but de la Société sont toujours formellement interdits à peine de nullité.

*
* *

Après avoir examiné l'étendue de la restriction imposée par l'art. 37 du Code de Commerce, nous devons nous demander quelles en sont les sanctions. Il faut reconnaître avec M. Lyon-Caen que « si une Compagnie de chemins de fer constituée avant la loi du 24 juillet 1867 se livrait à des opérations étrangères à sa concession, il n'est pas douteux qu'à la rigueur, le gouvernement pourrait retirer à la Compagnie contrevenante l'autorisation qui lui a été accordée » (1).

Ce droit est d'ailleurs réservé à l'Administration ; « le pouvoir des tribunaux se réduit à prononcer des condamnations personnelles contre les administrateurs qui n'ont pas su respecter les statuts. » (2).

« Mais c'est là, remarque M. Lyon-Caen, une sanction rigoureuse et presque impossible à appliquer ; son emploi susciterait de graves difficultés par cela même que nulle part nos lois n'ont prévu que l'autorisation donnée par le gouvernement à une Compagnie de chemins de fer peut être révoquée ».

S'agit-il d'actes isolés, contraires aux statuts ou ne se rattachant pas à l'objet de la Société, dans le sens que nous avons précisé, ils peuvent être annulés, soit à la

(1) Lyon-Caen, note citée au Sirey.

(2) Cf. Delangle, *Op. cit.*, t. II, p. 57.

requête des créanciers sociaux, soit à la requête d'un actionnaire.

L'approbation de l'assemblée générale elle-même ne retirerait pas ce droit à l'actionnaire : « toutes puissantes
« quand elles se rattachent à l'exécution des statuts, ou
« quand elles ont pour objet des actes et des faits qui,
« bien que non prévus par la convention, ont une relation nécessaire avec l'exploitation des affaires sociales », elles « sont inefficaces et nulles quand elles vont au-delà,
« et l'actionnaire qui n'y a point pris part s'oppose valablement à leur exécution » (1).

Faut-il admettre une autre sanction : « le droit pour
« les commerçants ou les industriels auxquels la concurrence d'une Compagnie préjudicie, d'obtenir de celle-ci des dommages-intérêts et de la faire condamner à
« cesser l'exercice de ce commerce ou de cette industrie, « qui ne se lie pas à son exploitation ? » (2).

M. Lyon-Caen n'hésite pas un instant à l'accepter comme la seule pratique et la seule efficace. Il la justifie de la façon suivante : la Compagnie a causé un dommage à autrui par le fait de sa concurrence, et elle l'a fait « en
« dépassant les limites de son droit ; il y a faute de sa part ». Donc, elle doit être tenue de dommages-intérêts en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil. L'opinion de M. Lyon-Caen qui venait s'étayer sur un arrêt de cassation du 16 juillet 1838 (3) ne semblait pas, sur ce point du moins, devoir rencontrer des contradic-

(1) Delangle, Op. cit. t., II, p. 74.

(2) Lyon-Caen. Note citée au Sirey.

(3) S. 1838-1-581.

teurs. Or, dans un article paru dans *La Loi* (2), M. Dumas expose un avis nettement opposé à celui de M. Lyon-Caen.

« Ce qui nous paraît contraire aux principes généraux du droit, dit cet auteur, c'est que la Compagnie soit condamnée par application des articles 1382 et 1383 du Code civil ».

« En effet, ajoute-t-il, un fait dommageable ne constitue un délit civil qu'à la condition qu'il soit illicite, c'est-à-dire qu'il ait porté atteinte à un droit appartenant à autrui ». Or, si le commerce et l'industrie sont libres, où est le droit lésé ? Et l'auteur de remarquer plaisamment qu'en adoptant le point de vue de M. Lyon-Caen, un syndicat de cordonniers serait en droit d'attaquer une société créée pour la fabrication des chapeaux de paille, s'il prenait fantaisie à cette société de fabriquer des chaussures.

Cependant, M. Lyon-Caen ne se tint pas pour battu, et dans une note parue au Sirey, sous l'arrêt de cassation du 19 décembre 1882 (3), il affirma à nouveau son point de vue en faisant remarquer que lorsque la Compagnie accomplit des actes de commerce qu'elle n'a pas le droit de faire aux termes de ses statuts, elle ne peut plus opposer à ses concurrents la maxime : *Neminem lædit qui suo jure utitur*.

D'autre part, si les commerçants ou industriels doivent subir la concurrence de tous ceux à qui il plaît de faire des opérations du même genre, c'est à condition que le

(2) *La Loi*, n° du 23 janvier 1883.

(3) S. 1884-1-433.

concurrent ne se constitue pas en société dont la forme ne peut être adoptée qu'avec une autorisation administrative.

Nous croyons, pour notre part, avec M. Dumay, qu'il est au moins difficile de justifier le droits des tiers à des dommages-intérêts par l'application des articles 1382 et 1383. Peut-être M. Lyon-Caen n'a-t-il pas absolument négligé, comme il affirme l'avoir fait, le caractère de concessionnaires des sociétés qu'il étudie, et ce droit aux dommages-intérêts procède-t-il à l'insu de l'auteur de l'idée de monopole, qu'il est si difficile de dissocier de celles de concession de chemins de fer ? (1)

M. Lyon-Caen nous dit que la société a commis une faute ; mais le fait constitutif de la faute, pour donner ouverture au droit à l'indemnité, doit, suivant MM. Aubry et Rau (2), « être illicite, c'est-à-dire qu'il doit « avoir porté atteinte à un droit appartenant à autrui... »

A quoi on objectera que la société a bien porté atteinte au droit d'autrui, puisqu'elle a violé le droit des tiers de n'être concurrencés que par des sociétés régulièrement autorisées.

C'est ici que se fait, selon nous, la confusion, confusion de la notion de désobéissance à une prescription réglementaire, avec celle de violation d'un droit appar-

(1) M. LYON-CAEN, dans sa deuxième note est obligé lui-même de le reconnaître : « A raison du monopole de fait dont elles « jouissent, l'exercice par elles d'un commerce ou d'une industrie « est particulièrement dangereux pour les concurrents, et peut « leur causer un préjudice dont l'existence est en général facile à « prouver » (S. 84-I-433).

(2) *Traité de Droit Civil* 4^e éd. § 444 et s.

tenant à autrui. En vain dira-t-on que l'article 37 a exigé la formalité de l'autorisation dans l'intérêt général car ce n'est là qu'un motif, et ce que nous avons en face de nous, c'est un texte formel.

Si la Société désobéit à cette disposition qui réglemente les manifestations de son activité, elle en doit compte au gouvernement, et seulement au gouvernement ; elle sera punie par le retrait d'autorisation (1) ; voilà pour la désobéissance à l'article 37. Maintenant supposons que la Compagnie ait porté atteinte au droit d'autrui en violant les dispositions ou les principes qui régissent ses relations avec les commerçants ou avec le public ; il y a évidemment lieu à réparation. Mais il faut se garder de confondre les deux idées et de s'imaginer que chaque fois qu'une personne viole une disposition de loi établie dans un intérêt général, elle est tenue à réparation envers les tiers. Par exemple, un industriel violant la loi sur le repos hebdomadaire fait travailler des ouvriers le dimanche : il est en faute vis-à-vis de l'Etat qui peut, par l'organe de ses inspecteurs du travail, lui infliger certaines sanctions ; mais les ouvriers dans l'intérêt desquels la loi avait disposé et qui ont travaillé pendant sept jours consécutifs, vont-ils pouvoir demander des dommages-intérêts ? Evidemment non.

La question se décompose donc en deux autres qui

(1) Cette mesure serait d'ailleurs aujourd'hui vaine, puisque les membres de cette société dissoute pourraient immédiatement se grouper à nouveau sous l'égide de la loi de 1867 pour continuer les opérations qui ont motivé sa dissolution.

reçoivent chacune leur solution. La Société qui sort de l'objet de sa concession est-elle fautive envers l'autorité supérieure ? Oui, et son autorisation peut être retirée. Est-elle fautive envers les commerçants ou industriels se livrant aux mêmes opérations ? Non, parce que le commerce est libre (1). Enfin, pour avoir été revêtus de l'estampille officielle, les statuts de la société n'en demeurent pas moins à l'égard des commerçants qui ne contractent pas avec la Société *res inter alios acta* : que les uns envers les autres les associés aient pris l'engagement de limiter leur activité à une certaine industrie, c'est leur affaire ; que le gouvernement ait le pouvoir de les obliger par des sanctions disciplinaires à respecter ces engagements réciproques, c'est son droit, puisque la loi le lui donne ; — mais que des tiers viennent demander à la société de respecter ces engagements qu'elle n'a jamais pris envers eux, c'est une autre question.

Est-il bien certain d'ailleurs que l'arrêt de cassation que M. Lyon-Caen cite à l'appui de sa thèse implique

(1) Dans le même sens, note au Dalloz sous Cassation, 17 décembre 1882. D. 83-1-57.

« Supposons, dit la note, qu'une Société commerciale vende
« des objets qui n'ont pas acquitté des taxes de douane. Elle
« commet évidemment un acte illicite, puisqu'elle a violé la loi ;
« cependant, elle ne fait point par là une concurrence déloyale
« au négociant qui vend des objets similaires, et celui-ci ne sau-
« rait trouver dans les articles 1382 et 1383 du Code civil le
« principe d'une action en dommages-intérêts, parce que la viola-
« tion de la loi sur les douanes ne porte pas directement atteinte
« au droit du négociant de vendre des objets semblables à ceux
« qui n'ont pas acquitté la taxe ».

nécessairement l'exactitude de son point de vue ? C'est peu probable ; cet arrêt vise en effet un cas tout à fait différent ; il s'agit en l'espèce d'un emprunt à la Caisse Hypothécaire. Or la Caisse, en violant dans l'acte de prêt l'article 50 de ses statuts, avait mis l'emprunteur dans l'impossibilité de négocier les valeurs remises en prêt à un taux aussi avantageux que le lui aurait permis l'observation de cet article. Il s'agissait donc là de l'inobservation dans un contrat d'une clause des statuts, ayant porté préjudice à l'un des *co-contractants* (1). Enfin, citons dans notre sens une note anonyme au Sirey parue sous l'arrêt du 5 juillet 1865 (2) allouant des dommages-intérêts à un commerçant lésé par la revente des houilles des compagnies de chemins de fer :

« Il y aurait eu, ce semble, une sérieuse difficulté à « l'allocation des dommages-intérêts, dit la note, si la « législation propre aux chemins de fer n'eût été, abstraction faite des règles concernant les sociétés anonymes, applicable aux faits de la cause ».

Si telle est notre solution dans le cas actuel, elle est toute différente lorsque les circonstances du fait revêtent le caractère de concurrence déloyale. Mais le cas sera relativement rare, car la concurrence déloyale suppose « un agissement ou une manœuvre ayant pour but de

(1) Les associés en introduisant l'article 50 favorable aux tiers traitant avec la Société, avaient stipulé pour autrui. Par le fait même de contracter avec la Société, les tiers seront susceptibles de bénéficier de cette clause et c'est dans ce droit à en bénéficier qu'ils puissent leur action contre la Société pour inobservation.

(2) S. 65, 1, 441

« détourner la clientèle d'un établissement industriel ou « d'une maison de commerce » (1), et par suite une intention frauduleuse. Cependant, la vente au rabais peut sous certains conditions constituer un acte de concurrence déloyale et ce sera une des rares éventualités susceptibles de nous intéresser.

Nous remarquerons, pour terminer, que l'intérêt de cette discussion est plutôt théorique que pratique, car s'il existe encore des sociétés régies par l'art. 37 du Code de commerce, ce sont généralement des compagnies de chemins de fer dont la loi de concession ou le cahier des charges comportent des clauses formelles interdisant les actes incriminés et motivant l'allocation de dommages-intérêts.

§ 2. — La loi du 24 juillet 1867

Existe-t-il pour les sociétés anonymes créées depuis 1867 des restrictions analogues ? Une loi toute récente ayant mis fin à une longue controverse, nous nous bornerons à indiquer les discussions doctrinales et les solutions de la jurisprudence.

Remarquons que d'une façon générale toute personne morale a une sorte de vie intérieure dont la réglementation appartient aux membres eux-mêmes (associés dans la corporation, destinataires et administrateurs dans la fondation). Lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue des droits

(1) AILLART, *Concurrence déloyale*, 1892, p. 1.

qui doivent être reconnus au groupe pour édicter ou modifier sa réglementation intérieure, la doctrine se divise en deux systèmes principaux : celui qui ne voit dans les statuts sociaux qu'un simple contrat (1) et celui qui considère le pouvoir intérieur de réglementation comme découlant directement de l'existence même du groupement organisé, en le rapportant à la notion de personnalité (2).

Pour les partisans du premier système, que nous pourrions appeler contractuel, une modification quelconque aux statuts ne peut être faite que par l'unanimité des actionnaires, aussi nécessaire pour modifier le contrat que pour le créer. Cette unanimité ne peut d'ailleurs plus être exigée quand les statuts eux-mêmes ont donné tout pouvoir à cet effet à une certaine majorité.

Dans le second système, le statut n'est plus un contrat, c'est la loi intérieure de la société, émanant du groupe personne morale; ce dernier peut modifier sa loi intérieure en manifestant sa volonté « par l'assemblée générale qui est son organe supérieur » (3).

(1) Planiol, D. 1905-2-121, note.

(2) Michoud, Op. cit., t. II pp. 4 et 18.

(3) Michoud, Op. cit., t. II, p. 20.

BOURCART, *De l'organisation et des pouvoirs des Assemblées générales dans les sociétés par actions*, p. 41 :

« L'Assemblée générale est l'organe indispensable de la société, « son pouvoir supérieur ».

M. Thaller, qui a précisé ce système dans une note célèbre au Dalloz (93-1-105), considère l'assemblée générale comme « l'âme « même de la personne morale, réglant les intérêts de la collectivité, ou, si l'on veut, l'instrument de la volonté supérieure de « la Compagnie. » M. Michoud a seulement repris l'idée de

On n'exigera donc plus l'unanimité des associés (1), il suffira que la volonté du groupe se manifeste par le résultat d'un vote. « L'actionnaire, dit M. Thaller (2), ne « vote pas à l'assemblée de son chef, mais comme facteur intégrant d'une volonté supérieure à la sienne et « qu'il s'agit de manifester dans l'indivisibilité de son « expression ».

Mais les partisans de ce second système, eux mêmes, avaient admis des limitations au droit de modifier la loi intérieure ; M. Thaller en reconnaissait deux : l'assemblée générale ne peut anéantir l'ancienne société pour la remplacer par une autre, elle doit de plus respecter les droits propres des actionnaires.

Que l'on admette ces deux limitations ou qu'on fasse rentrer la première dans la seconde, comme le propose M. Michoud (3), on n'en arrive pas moins à ce résultat que le changement complet d'objet est impossible, car il entraînerait fatalement un changement de société ; avec le nouvel objet, c'est une nouvelle société qui remplace l'ancienne (4). Mais ce système avait du moins l'avant-

M. Thaller en la modifiant légèrement dans les limitations apportées à la toute puissance des assemblées générales.

(1) « La nécessité pour une assemblée générale de grouper l'unanimité des adhésions des membres, dit M. Thaller, devient « presque un non-sens ».

(2) D. 93-1-105, note.

(3) Op. cit., t. II, p. 22.

(4) THALLER note D. 93-1-113. En ce sens rapport de M. Hemar sous Paris, 19 avril 1875. D. 75-2-161. Cass. 17 avr. 1855. D. 55-1-213. Houpin, Traité Général des Sociétés n° 798. Vavasour n° 167. Bourcart, op. cit., p. 229. Cf code fédéral suisse art. 627 § 3. Le code de commerce allemand se montre également

tage de rendre les changements de but possibles quand ils se bornent à adjoindre au but primitif un but accessoire, ou à transformer l'exploitation pour faire face à certaines nécessités économiques, car ces changements, loin de détruire la société, assurent son existence et son développement.

La loi du 24 juillet 1867 décida dans son art. 31 :

« Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. »

Mais les partisans du premier système déclarèrent aussitôt que cet article n'avait pas entendu donner à l'assemblée générale le droit de modifier les statuts en l'absence de clauses formelles, mais se bornait à indiquer, lorsque ce droit leur est reconnu, à quelles conditions elles peuvent valablement délibérer. Cet article laissait donc, par sa rédaction, subsister entière la question de savoir dans quels cas l'assemblée a le pouvoir de modifier les statuts sociaux.

Une jurisprudence s'était formée (1), admettant pour point de départ que dans le silence de l'acte social, l'as-

plus sévère sur la majorité exigée, qui doit nécessairement représenter dans ce cas les trois quarts du capital social.

(1) Cass. 30 mai 1892 S. et *Journ. Palais* 1892-1-561, (note Lyon-Caen) D. 1893-1-105 (note Thaller).

Cass. 31 décembre 1893, 30 mai 1894, D. 94-1-12 et 305, etc.

semblée générale ne peut pas modifier les statuts. Mais elle reconnaissait en même temps que ce principe absolument vrai, lorsqu'il s'agit de toucher aux bases essentielles du contrat, doit fléchir lorsqu'il s'agit des clauses secondaires. La même distinction était établie pour le cas où les statuts se sont bornés à autoriser d'une façon générale les modifications. D'où cette autre difficulté : Comment distinguer les clauses secondaires des bases essentielles ?

On était loin d'être d'accord sur le criterium à adopter. Sur le seul point qui nous intéresse, celui de l'objet, la jurisprudence était unanime à reconnaître que le changement radical d'objet est impossible à défaut de clauses spéciales des statuts. Mais elle ne considérait pas comme modification aux bases essentielles les modifications fréquentes qui étendent ou restreignent le cercle des affaires sociales. De même, elle admettait l'adjonction d'un objet nouveau, pourvu qu'il fût connexe à l'ancien ; elle exigeait cependant fréquemment que l'objet connexe nouveau eût un caractère nettement secondaire, ne fût qu'une exploitation tout accessoire, destinée simplement à rendre plus facile et plus rémunératrice l'exploitation de l'objet principal. C'est ainsi qu'elle admettait qu'une société créée pour l'éclairage et le chauffage au gaz peut joindre à son exploitation celle de l'éclairage par l'électricité (1) ; mais elle ne l'autorisait pas à l'y substituer (2).

(1) Cour d'Orléans, *Journal des Sociétés*, 1901, p. 456.

Dans l'exposé des motifs du projet de loi voté au Sénat en 1884, il était spécifié :

« ... ainsi une Société d'éclairage au gaz voudrait concurremment s'occuper d'éclairage électrique, ceci ne sera pas un « changement d'objet » (cité par Boucart, p. 230).

(2) Paris 29 décembre 1897. *Revue des Sociétés*, 1898, p. 525.

§ 3. — La loi du 22 novembre 1913

Une loi du 22 novembre 1913 a mis fin pour l'avenir à l'indécision et aux controverses. Dès 1902, une commission instituée par M. le garde des sceaux Vallé et présidée par M. Lyon-Caen, avait élaboré un texte dont la loi actuelle n'est que la reproduction.

Le texte législatif qui est la consécration même de la théorie de M. Thaller s'exprime ainsi dans son article 1^{er} :

« L'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 est remplacé
« par les dispositions suivantes :

« Sauf dispositions contraires des statuts, l'assemblée
« générale délibérant comme il est dit ci-après, peut
« modifier les statuts dans toutes leurs dispositions. . .

§ 3. — « Les assemblées qui ont à délibérer sur les
« modifications touchant à l'objet ou à la forme de la
« société ne sont régulièrement constituées et ne déli-
« bèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées
« d'un nombre d'actionnaires représentant les trois
« quarts au moins du capital social. Les résolutions,
« pour être valables, doivent réunir les deux tiers au
« moins des voix des actionnaires présents ou repré-
« sentés. . . »

Cette disposition est-elle rétroactive ?

L'article 4 de la loi laisse subsister un doute :

« Les dispositions de l'article 31, § 4 de la loi du
« 24 juillet 1867. . ., modifiées par la présente loi s'ap-
« pliquent aux Sociétés déjà constituées sous l'empire
« de la loi du 24 juillet 1867 ».

En raisonnant par *a contrario*, on devrait décider que les § 1, 2 et 3 de l'article 31 modifié ne s'appliquent pas aux Sociétés déjà constituées. Est-ce bien là ce qu'a voulu le législateur ? Ce qu'il importe pour nous de remarquer, c'est que, si elle le désire, la Société peut toujours se placer sous le régime de la loi nouvelle pour transformer son objet, en l'absence de dispositions contraires des statuts.

Il n'existe donc plus aujourd'hui pour les Compagnies régies par la loi de 1867, de restrictions législatives à la liberté de l'industrie, tenant à leur nature de sociétés anonymes.

§ 4. — Concurrence déloyale

On a beaucoup insisté devant les tribunaux sur les restrictions résultant de la concurrence déloyale. On n'a pas toujours évité la confusion entre la concurrence illícite et la concurrence déloyale. C'est ainsi que l'arrêt de la Cour de Douai du 11 novembre 1908 n'a pas hésité à déclarer que « alors même que la Compagnie intimée » (Compagnie des tramways électriques de Lille) aurait « observé les conditions de l'arrêté préfectoral (l'autorisation à vendre des excédents de courant), elle n'en » continuerait pas moins, en faisant des opérations « commerciales qui ne sont pas l'accessoire licite de son » exploitation principale, à *exercer une concurrence* « déloyale vis-à-vis de la Société Lilloise, et lui devrait » compte du préjudice qu'elle lui cause... »

Or, la concurrence déloyale est constituée par un ensemble de manœuvres qui, pour n'être pas limitative-

ment déterminées, n'en ont pas moins certains caractères distinctifs qu'on rechercherait vainement dans l'acte commis par la Compagnie des tramways de Lille, ou par tout autre concessionnaire se livrant à des opérations commerciales étrangères à sa concession.

D'après la définition que nous en trouvons dans les ouvrages sur la matière, elle suppose en premier lieu une intention frauduleuse. C'est, avons-nous vu, « un « agissement ou une manœuvre ayant pour but de « détourner la clientèle d'un établissement industriel ou « d'une maison de commerce » (1).

On peut citer comme telle la tentative d'établir une confusion entre des produits, de plusieurs fabricants, de dénigrer les produits d'un concurrent, etc., quelques auteurs ont même reconnu le caractère de concurrence déloyale au fait, par un commerçant, de vendre des marchandises au rabais pour discréditer un article et obliger les concurrents à vendre à vil prix (2).

Nous voyons par ces exemples que la concurrence déloyale ne peut exister que dans les procédés employés par un commerçant pour gérer son négoce, mais qu'il ne peut pas s'appliquer au fait même d'entreprendre un commerce donné. De sorte qu'on peut bien dire qu'en se livrant à l'exploitation d'un hôtel, par exemple, une Compagnie de chemins de fer est en mesure de faire par la suite une concurrence déloyale aux hôteliers d'une localité donnée, mais qu'on ne peut pas prétendre que

(1) ALLART. — *Concurrence déloyale* 1892, pp. 1 et s.

(2) POUILLET. — *Des marques de fabrique*, 1898, n° 626. — ALLART. *Op. cit.*, n° 201.

l'exploitation de l'hôtel en elle-même présente le caractère de concurrence déloyale.

D'ailleurs, il manquerait toujours à cette opération un élément indispensable pour rentrer dans la définition de la concurrence déloyale, c'est l'intention frauduleuse.

Ce qu'on peut soutenir seulement, c'est que la Compagnie fait une concurrence illicite aux commerçants similaires.

Les premières décisions que nous avons étudiées font nettement la distinction :

« Attendu, disait la Cour d'Aix (1), que Blanc et Julien
« n'accusent la Compagnie de chemins de fer d'aucun
« procédé déloyal, auquel elle aurait eu recours pour
« attirer les voyageurs dans l'hôtel qu'elle a construit sur
« le buffet de la gare de Marseille... »

« ... Attendu, dès lors que l'action de ces derniers...
« ne peut avoir pour base que l'article 1382 du Code
« Civil... »

Et le Tribunal de Commerce de la Seine de spécifier dans une affaire analogue que la Compagnie de chemins de fer avait commis « sinon un acte de concurrence
« déloyale, du moins un abus de monopole... » (2).

Or, pourquoi un concessionnaire en sortant de l'objet de sa concession ferait-il aux autres commerçants une concurrence illicite ? On en a donné deux raisons : d'abord parce qu'il est soumis au principe de la spécialité ; en second lieu, parce qu'il a un monopole. La réfuta-

(1) Aix, 15 février 1882, S. 1882-2-169.

(2) Trib. Comm. Seine, 20 mai 1901. S. 1904-2-37.

tation de ces deux motifs trouvera sa place dans l'étude de la spécialité et des restrictions découlant de la qualité de concessionnaire.

Quelques auteurs, en maintenant au terme de concurrence déloyale son sens propre, ont motivé l'interdiction pour les Compagnies de faire le commerce sur la facilité avec laquelle ces personnes morales pouvaient abuser de leur situation pour « faire tomber » leurs concurrents(1).

Si par là ces auteurs entendent que les énormes capitaux dont elles disposent leur permettent de baisser les prix pendant la période de lutte, quitte à les relever ensuite, nous leur répondrons que n'importe quelle puissante Société purement commerciale peut en faire autant et que dans la limite d'une concurrence loyale, on ne saurait le leur interdire.

S'ils veulent dire au contraire que les Compagnies, et notamment les Compagnies de chemins de fer, peuvent vendre les marchandises qui nécessitent un transport au prix coûtant, alors que les commerçants, obligés de passer par leurs mains, sont dans la nécessité de tenir compte des frais de port dans l'établissement de leurs prix, nous reconnâtrons avec eux qu'il y a là une opération illicite, illicite verrons-nous, parce qu'elle met en œuvre dans l'intérêt du concessionnaire un matériel dont il n'est pas propriétaire, mais affectataire, et dont il ne peut user que pour le service public qui lui est confié. Nous dirons plus, nous dirons qu'il y a là un véritable danger, que le mal, si on ne le prévient, peut être très

(1) LAME-FLEURY, FERAUD-GIRAUD, BÉDARRIDE, *loc. cit.*

difficile à combattre, voire même à dénoncer et à prouver.

Que faut-il en conclure ?

Que le législateur, comme le concédant, ont le devoir de le prévenir par des textes ou des clauses formelles insérées dans l'acte de concession.

Mais il faut affirmer bien haut, avec MM. Dumay, Lyon-Caen et Christophle (1), que la seule crainte d'un abus ne permet pas aux tribunaux de créer des dérogations au droit commun.

(1) V. pp. 63 et suiv.

CHAPITRE III

RESTRICTIONS RÉSULTANT DU PRINCIPLE ADMINISTRATIF DE LA SPÉCIALITÉ

Nous avons vu que les partisans les plus modernes d'une étroite limitation de la liberté commerciale et industrielle des Sociétés concessionnaires, en cherchent l'origine et la cause dans l'idée de spécialité fonctionnelle (1). On a pu retrouver l'expression de cette idée, assez voilée il est vrai, et toujours mêlée de considérations étrangères dans la jurisprudence elle-même. Pour examiner dans quelle mesure ce principe peut modifier, à l'égard des sociétés anonymes que nous étudions, la liberté du commerce et de l'industrie, nous devons résoudre deux questions :

- 1^o Qu'est-ce que la spécialité ?
- 2^o Quel est son champ d'application ?

(1) BERTHELEMY. — Note citée. D. 1910, 1, 425.

MESTRE. — Noté citée. S. 1911, 1, 33.

§ 1^{er}. — Le principe de la spécialité

Sans nous attarder à rechercher ce que le terme peut avoir d'impropre ou de vague, nous constatons que l'on étiquette aujourd'hui sous cette désignation, un principe dont on connaît surtout l'existence par les restrictions qu'il fait subir à la capacité des établissements publics d'accepter les libéralités avec charges.

C'est en effet dans le domaine administratif, à une date relativement récente, qu'il naquit de la pratique du Conseil d'Etat. Et nous estimons que les circonstances dans lesquelles cette règle trouva peu à peu son expression au milieu de bien des hésitations et de bien des incertitudes, sont plus instructives sur son sens et sa portée que les théories d'ensemble qu'on a tenté d'en donner, parce que ces dernières ont été créées de toutes pièces, après coup, pour en justifier l'existence et en généraliser les effets.

« La règle de la spécialité n'existait pas dans notre « ancien droit, dit M. Planiol (1). Pothier, qui s'est « occupé des corps ou communautés capables de posséder « des biens à l'instar des personnes (Des personnes, « nos 210-231) ne, soupçonne pas qu'il puisse y avoir « pour eux une restriction de ce genre. »

(1) *Traité élémentaire*, 4^e éd. T. III, p. 705 n° 2.923, et ailleurs : « Notre point de départ sera une constatation historique, la règle de la spécialité n'était pas introduite dans les traditions administratives à l'époque où le Code civil a été rédigé » (Note au Dalloz 1895, I, 217).

Bien que quelques auteurs aient cru trouver des preuves de l'existence du principe dans l'œuvre de ce jurisconsulte (1), c'est en réalité au cours de la lutte de l'administration civile contre les fabriques et consistoires que nous voyons l'idée de spécialité se dégager peu à peu pour devenir bientôt une arme de combat à double tranchant. Dans un article fameux de la *Revue pratique de droit français* (2), M. Bequet en a suivi pas à pas l'évolution : Dès l'an X, nous assistons à une première rivalité entre l'administration de l'intérieur et celle des cultes pour l'acceptation des aumônes.

Le 6 juillet 1813, un avis du Conseil d'Etat tranchait la question au détriment des fabriques, mais en même temps un décret signé par l'Impératrice Marie-Louise nantie des pouvoirs de l'empereur, alors en Allemagne, donnait gain de cause au Ministre des Cultes. (3)

En 1819, 1820, 1831, nouveaux avis du Conseil d'Etat refusant aux fabriques la capacité d'accepter les legs faits aux pauvres.

Enfin, le 15 janvier 1837, le Conseil d'Etat précisant la règle antérieurement formulée, déclarait que, quelle que soit la personne gratifiée, quand il s'agit de libéralité aux pauvres, c'est au bureau de bienfaisance, et à défaut au maire, qu'il appartient de les accepter. Le principe existait alors dans toute sa rigueur.

(1) VIGNON. — Le principe de la spécialité et les êtres collectifs, p. 37.

(2) De la personnalité civile des diocèses, fabriques et consistoires et leur capacité à recevoir des dons et legs (Tiré à part en 1880).

(3) BÉQUET, op. cit., p. 25. Affaire de la fabrique de Nomény.

Il devait subir par la suite bien des retouches : un avis du 4 mars 1841 institua le système de l'acceptation conjointe, ou plutôt de l'acceptation de l'établissement gratifié sous la surveillance de l'établissement capable d'accepter.

En 1863, acceptation conjointe des deux établissements (1).

En 1873, le principe fléchit et les fabriques sont autorisées à accepter seules, les bureaux de bienfaisance ne conservant qu'un certain droit de regard (2).

Enfin, par avis du 13 juillet 1881, le Conseil d'Etat refusait absolument aux fabriques le droit d'accepter, réservé exclusivement aux bureaux de bienfaisance.

En matière scolaire, même lutte entre l'élément civil et l'élément religieux, aboutissant avec l'avis du 13 avril 1881 à l'interdiction faite aux consistoires et fabriques d'accepter les dons et legs en vue de fondations d'écoles.

Nous ne pouvons songer dans ce bref exposé à retracer dans ses détails l'évolution de l'idée de spécialité, mais la conclusion que semble imposer une étude purement historique et jurisprudentielle de la question, est bien la suivante : à l'origine, la reconnaissance du principe actuel n'a été qu'un procédé pour l'administration de limiter l'activité réputée dangereuse ou simplement inopportune de certains établissements.

Si telle était demeurée sa portée, nous n'aurions pas à rechercher si la notion de spécialité fonctionnelle peut influencer sur la capacité des personnes morales de droit

(1) Avis des 24 janvier et 10 juin 1863.

(2) Avis des 27 février et 6 mars 1873.

privé. Mais la doctrine s'en est emparée depuis longtemps déjà et, poussée par le besoin de justification juridique en même temps que de généralisation qui lui est propre, elle a voulu voir dans les mesures administratives qu'elle étudiait l'application à des cas particuliers d'un principe supérieur de droit.

De sorte que l'on est aujourd'hui d'accord pour reconnaître qu'il existe un principe de portée générale, dit de la spécialité, mais qu'on ne l'est plus lorsqu'il s'agit d'en déterminer la nature et le champ d'application.

§ 2. — Nature du principe

De nombreux auteurs ont estimé qu'il constituait un véritable principe de droit civil, muni de sanctions civiles, limitant par conséquent la capacité juridique des personnes morales.

Ces auteurs partent généralement de cette idée que les personnes morales, personnes fictives, n'ont que les droits que la loi leur a expressément accordés : « Les personnes civiles, dit M. Laurent (1), n'ont de « droits que juste ce qu'il faut pour atteindre le but « qui leur est assigné ; elles n'ont que des droits vinculés, « c'est-à-dire limités par une affectation exclusive ».

Et M. Tissier (2) : Les personnes morales « ne jouis-

(1) LAURENT. — *Principes de Droit Civil*, t. I, pp. 303 et 616.

(2) Dons et legs éd. 1890, N° 132. — Et ailleurs (*Dons et legs*, éd. de 1896, p. 698) : La personnalité civile « n'est pas la même chez toutes les personnes morales ; tantôt elle parvient à son maximum d'intensité et tantôt elle est, pour ainsi dire, réduite à

« sent que d'une capacité essentiellement relative et
« déterminée par le but même qu'elles sont appelées à
« poursuivre ; en dehors de cet objet, elles n'ont plus
« aucune raison d'être, elles cessent d'exister et partant
« d'être capables. »

Nous avons remarqué que, qui dit fiction ne dit pas forcément capacité vinculée, et sous réserve de cette observation, nous nous sommes déclarés partisans de la capacité générale des êtres moraux : aussi, admettons-nous avec M. Hauriou (1), M. Planiol (2), M. Mestre (3),

rien. Elle ne correspond à rien de fixe ; elle est ondoyante et diverse. »

(P. 699) « La capacité des personnes morales diffère essentiellement de celle des personnes physiques qui existent par elles-mêmes, sauf à être limitée sur certains points ou dans certains cas par des dispositions formelles de la loi ; elle n'est rien en dehors de la loi qui l'a créée ; c'est la loi qui fixe son étendue. Tout droit qui n'a pas été expressément ou implicitement accordé par le législateur aux personnes morales, leur fait défaut ».

Dans le même sens :

BEUDANT, note sous Req, 10 déc. 1878, S. 79, 1, 5.

BÉQUET. — De la capacité des fabriques pour recevoir des dons et legs faits en faveur des pauvres.

(*Revue Générale d'administrat.* 1881, t. III, p. 27).

DUCROQ. — De la personnalité en France du St-Siège et des autres puissances étrangères (*Revue de Droit Public* pp. 21 & 24).

(1) *Précis de droit administratif* 4^e éd. p. 111 note, « Nous pensons avec de bons esprits que c'est une pure règle de police administrative. Le principe est que la personnalité juridique est une en soi ; cela est vrai pour les établissements comme pour les personnes. »

(2) Note au Dalloz, 1895, 1, 217.

(3) Note au Sirey 1911, 1, 33. — Dans le même sens : Ripert, thèse, 1906. *Le principe de la spécialité chez les personnes morales*

et d'autres excellents auteurs (4) que le principe de la spécialité n'est qu'une règle de bonne police administrative.

Des raisons sérieuses militent en faveur de cette opinion :

1°) La règle de la spécialité principe de droit civil n'existait pas au moment de la confection du Code Napoléon et ce dernier n'en porte aucune trace. On a prétendu, il est vrai, en trouver l'embryon dans quelques passages

du droit administratif, son application en matière de dons et legs.
pp. 7 et s.

(4) Une remarque s'impose ici, qui doit écarter toute équivoque :

M. Mestre affirme dans la note que nous connaissons déjà, que M. Michoud fait également du principe de la spécialité une simple règle de bonne administration. Nous croyons qu'au contraire cet auteur en fait un principe général de droit frappant toutes les personnes morales, sauf à dire (t. II. p. 165) que pour les associations et les corporations de droit privé, « le principe doit être modifié dans son application. »

Suivons, en effet, le raisonnement qu'emploie cet auteur pour aboutir à la notion de spécialité. « Chez les personnes physiques, » dit-il, (T. II p. 144) le droit subjectif sert indistinctement à « atteindre tous les buts auxquels tend la volonté du sujet... » Pour lui tout but est permis, sauf ceux qui lui sont expressément interdits par la loi.

« Chez les personnes morales, ce droit a pour but unique de « desservir les intérêts collectifs d'un groupe humain ». Et M. Michoud fait remarquer que lorsque les individus se groupent c'est toujours en vue de réaliser un ou plusieurs intérêts déterminés. Par conséquent, la personne morale ne peut pas détourner les ressources mises à sa disposition en vue de ce ou ces intérêts, vers un but différent. Une telle conduite de sa part « constituerait une trahison des droits mêmes qu'elle a mission de défendre ». Et l'auteur de conclure (p. 149) : « Tel que nous l'avons basé il (principe de la spécialité) signifie seulement que la

de Pothier refusant à certains couvents qui font profession de pauvreté, la capacité de recevoir des libéralités de quelque importance (1).

Mais l'opinion de Pothier n'est en réalité que la conséquence de l'état d'incapacité dans laquelle les vœux mettaient les religieux qui les avaient prononcés, conséquence découlant directement du droit canon. On ne peut manifestement voir dans cette interdiction de recevoir, l'application d'un principe général obligeant l'être moral à se confiner dans son objet.

Ce jurisconsulte s'en est d'ailleurs expliqué formellement : « On perd la vie civile de deux manières ; la première est lorsqu'on renonce volontairement au siècle et à la société civile, par la profession religieuse, dans un ordre approuvé par les lois du royaume... » (1)

« personne morale, née avec un but, ne peut pas détourner de sa destination les droits de toute nature... qui lui ont été reconnus pour lui permettre d'atteindre ce but... Qu'un hôpital ne puisse employer à fonder une école le patrimoine qu'il possède, parce que ce patrimoine est affecté aux services de l'hospitalisation, c'est bien une règle de droit. En détournant une part de ce patrimoine pour l'employer à autre chose, l'hôpital ferait un acte illicite. » Commenous voilà loin de l'idée de règle de bonne administration ! Il s'agit bien au contraire d'un principe général de droit entraînant la nullité des actes qui le violent. Ce qui a pu tromper M. Mestre, c'est que dans sa forme ordinaire, appliqué aux dons et legs, il ne constitue plus évidemment pour M. Michoud qu'une simple question d'opportunité et de bon ordre administratif » puisque le nouveau but (charge de la donation ou du legs), est poursuivi sur un patrimoine d'alluvion et non sur le patrimoine primitif.

(1) POTHIER annoté par Bugnet. T. I. pp. 414 et 353. T. VIII p. 266.

(1) POTHIER. — Op. cit. T. I. Coutume d'Orléans. Des personnes, de la vie civile, N° 28.

Et ailleurs : « L'existence du donataire, requise pour
« que la donation soit valable, est une existence civile.
« Ceux qui ont perdu l'état civil, étant censés n'avoir
« aucune existence par rapport à la société civile, dont
« ils sont retranchés, ne peuvent être capables de dona-
« tions entre vifs — Les religieux ayant perdu l'état civil
« par la profession religieuse, et étant d'ailleurs, par
« leur vœu de pauvreté, incapables de rien posséder,
« sont donc incapables des donations entre vifs... » (1)

Le Code civil ne fait nulle part allusion à un tel principe. Il « ne connaît qu'une chose, dit M. Planiol (2)
« l'aptitude des établissements à recevoir des libéralités,
« sous la réserve de l'autorisation gouvernementale (arti-
« cles 910 et 937 du Code civil). »

En l'absence de textes, nous ne sommes pas autorisés à admettre une restriction quelconque à la capacité des personnes morales, capacité qui est, avons-nous vu, générale.

2^o) L'incapacité civile qui en résulterait serait une incapacité bien étrange, empruntée à la jurisprudence administrative, « essentiellement variable, puisqu'elle
« subit directement l'influence des fluctuations politi-
« ques de la France. » (3).

(1) POTHIER . — Op. cit. T. I. p. 353. N^o 9.

(2) Note citée au Dalloz 1895, 1, 217.

Dans le même sens : LYON-CAEN, de la condition légale des sociétés étrangères en France, p. 13.

(3) PLANIOL. — Note citée.

Dans le même sens : TALLER, note au Dalloz, 1893-1-515.

LYON-CAEN. — *De la condition légale des sociétés étrangères en France*, pp. 13 à 17.

M. Vignon, qui a tenté dans une thèse sur la matière (1) de réfuter cet argument, prétend qu'il faut distinguer nettement entre le rôle du Conseil d'Etat qui, appelé à statuer sur une « question d'opportunité » peut tenir compte « des considérations administratives ou politiques de nature essentiellement variable » et « le rôle « des tribunaux de l'ordre judiciaire, qui devront s'inspirer des considérations purement juridiques ». Mais, répondrons-nous, jusqu'ici la règle de la spécialité n'a justement été élaborée que par le Conseil d'Etat ; lorsque les tribunaux judiciaires voudront l'appliquer, s'ils s'interdisent, comme le veut cet auteur, d'en demander l'expression à la pratique administrative, où iront-ils en puiser le principe ? Sera-ce dans les ouvrages de M. Tissier ? de M. Berthelemy ? de M. Hauriou ? de M. Michoud ? ou de M. Vignon lui-même ?

Il y a là une impossibilité pratique qui tient justement à ce que notre règle n'a été formulée par aucun texte législatif et qu'elle n'est pas un principe de droit civil.

3^o) L'histoire même du principe qui nous fait assister à son élaboration purement administrative en révèle la cause et la nature.

4^o) Enfin, nous ne croyons pas inutile, pour appuyer notre opinion, de remarquer que la Cour Suprême, comme l'a démontré M. Ripert (1) n'a jamais consenti

(1) VIGNON. — *Le principe de la spécialité et les êtres collectifs*, pp. 48 et s.

(1) Thèse, 1906. — *Le principe de la spécialité chez les personnes morales de droit administratif, son application en matière de dons et legs*, pp. 25 à 30.

à annuler au nom de ce principe, les libéralités faites à des personnes morales, avec charges sortant de leur spécialité (2). Elle n'a jamais recouru qu'à l'article 900 du Code civil, prouvant ainsi qu'elle ne reconnaissait pas à notre règle une sanction civile.

Telles sont les considérations qui déterminent notre opinion.

§ 3. — **S'applique-t-il aux personnes morales de droit privé ? — Compagnies**

La portée et le champ d'application du principe ressortent, croyons-nous, de la nature même que nous lui avons reconnue et de son fondement.

S'il constitue, en effet, une simple règle de bonne administration, si sa sphère est purement administrative, pourquoi vouloir l'introduire dans le domaine de l'activité privée ?

Mais, dira-t-on, si les groupements commerciaux ou les associations se constituent pour la satisfaction d'intérêts privés, leur dépendance vis-à-vis de l'administration ne se manifeste-t-elle pas clairement dans les formalités qui leur sont imposées dans un intérêt général ? A quoi nous répondrons : cette intervention administrative est peut-être une nécessité dans l'état de notre législation et de nos mœurs ; elle est sans

(2) Req. 18 mai 1852. S. 52, 1, 524.

Civ. 31 janv. 1893. S. 93, 1, 345,

Cass. 26 mai 1894. D. 95, 1, 217.

doute dictée par des raisons historiques trop connues pour qu'il soit utile d'y insister. L'administration prend vis-à-vis des associations certaines garanties, mais ceci n'implique nullement que ces dernières soient de par leur nature soumises au principe administratif de la spécialité.

Nous dirons plus, le principe de la spécialité ne doit pas leur être étendu :

Quelle est, en effet, sa raison d'être ?

De tous les motifs que nous avons invoqués pour lui refuser le caractère de principe de droit civil, comme de son histoire, il résulte qu'il ne peut être qu'une application en matière administrative de la loi de division du travail (1). Qu'il constitue aussi un moyen d'éviter que les établissements publics détournent leurs ressources et leur activité de la mission d'intérêt général qui leur a été confiée. C'est également une garantie contre la concurrence dangereuse en matière administrative et les empiètements des services, origine de désordre et de désorganisation.

L'Etat, aussi bien que les établissements publics y trouvent leur compte : le premier s'en servira comme d'une arme contre l'extension abusive des seconds et ces derniers y trouveront une barrière à des appétits dan-

(1) PLANIOL, note citée. D. 95 1-217.

« La théorie de la spécialité élaborée au courant de ce siècle par le Conseil d'Etat après bien des vicissitudes. n'est donc que l'expression d'une division intelligente du travail entre les multiples organes des administrations publiques. »

gereux pour eux comme pour l'intérêt public qu'ils ont mission de protéger.

Or, si les conséquences du principe présentent pour les personnes morales de droit public d'incalculables avantages, nous pouvons aisément nous convaincre qu'elles ne constituent pour les personnes de droit privé que des entraves et des inconvénients.

« Ici doit régner la libre initiative et avec elle la multiplicité des efforts et la concurrence. La coexistence d'établissements analogues, tendant au même but et rendant les mêmes services n'est plus un mal, c'est un bien. » (1).

C'est qu'en quittant le domaine des grands intérêts généraux, police, défense nationale, etc., qui sont toujours semblables à eux-mêmes et demandent pour les servir des institutions stables et permanentes, nous pénétrons dans le domaine des groupements privés où les intérêts sont divers, multiples et changeants comme la vie commerciale et industrielle elle-même, peut-être comme les aspirations morales et religieuses aussi.

Aux besoins ondoyants ne peuvent convenir des institutions rigides, et la législation idéale serait celle qui, en ne désarmant pas complètement l'Administration, ferait la part la plus large à la libre initiative. Ce sentiment maintes fois exprimé par nombre d'excellents auteurs (2),

(1) PLANIOL, note citée.

(2) PLANIOL. — Note citée.

LYON-CAEN. — Op. cit.

MICHOUD. — Op. cit., t. II, p. 166.

a conduit M. Hauriou (1) à formuler sa conception de cette législation idéale qui comporterait avant tout « l'affirmation du principe de la liberté d'association et « de fondation » ; en second lieu, des formalités de déclaration et de publicité aussi simples que possible ; l'interdiction des associations malfaisantes « dans des termes « assez précis pour que le gouvernement ne puisse pas « abuser d'une interprétation extensive ». Enfin, elle conférerait de plein droit la personnalité juridique à la fondation ou à l'établissement légalement constitué. Et un des corollaires de cette législation est évidemment le rejet pur et simple du principe de la spécialité (2).

C'est pourquoi nous estimons que ce principe doit demeurer étranger au domaine de l'activité privée.

C'est pourquoi M. Michoud qui n'a pas seulement fait de la spécialité une règle de bonne administration, comme on l'a soutenu (3), mais qui l'a assise sur un principe juridique très général, applicable à tous les êtres moraux, a cherché lui-même à y soustraire les groupements privés et n'a pas hésité, dans ce but, à déclarer que la spécialité devait être « pour chaque corporation, affaire d'ordre intérieur... » (4).

Mais si la spécialisation fonctionnelle doit demeurer étrangère aux groupements de droit privé, le législateur,

(1) HAURIOU. — *Précis de droit public*, 4^e éd., p. 107.

(2) HAURIOU. — *Op. cit.*, p. 111.

« Une société savante aurait les mêmes droits qu'un syndicat professionnel ».

(3) Voir note page 117.

(4) MICHOD. — *Op. cit.*, t. II, p. 167.

lui, a apporté à la capacité de ces groupements certaines atteintes.

Il faut distinguer à ce sujet les sociétés commerciales des associations. En ce qui concerne ces dernières, M. Hauriou écrit : « Nous vivons en France au sujet de « la liberté d'association sur les idées et les tendances « romaines, sans songer que ce sont de pures maximes « despotiques reprises par le pouvoir royal » (1).

Les associations sont, en effet, étroitement réglementées par la loi du 1^{er} juillet 1901 et par la loi du 21 mars 1884. Et ces textes ne sont pas, comme nous l'avons vu, des applications de l'idée de spécialité (2) mais tout simplement la conséquence de l'état de suspicion dans lequel le législateur tient les groupements à but désintéressé (3).

Quant aux sociétés commerciales, leur liberté d'action et d'évolution est à peu près complète.

Parmi les personnes morales de droit privé, les sociétés commerciales ont, en effet, une place à part ; il est remarquable que lorsqu'une législation fixe d'avance le but d'une certaine catégorie de groupement, ce dernier a toute latitude de se constituer librement, parce qu'il entre dans un cadre tout fait, préparé par le pouvoir central de façon à ne présenter pour lui aucun danger. C'est ce qui arrive pour les syndicats professionnels. Au contraire, les associations dont le but et le cadre sont laissés à leur choix ne peuvent se former sans autorisa-

(1) HAURIOU. — Op. cit., p. 106.

(2) Cf. VIGNON. — Thèse citée, p. 39 et 40.

(3) Tel est l'avis de MM. Planiol (note citée) et HAURIOU, op. cit., p. 108, note.

tion spéciale du gouvernement, qui se reconnaît en général à leur endroit un pouvoir discrétionnaire.

Or, les sociétés qui nous occupent sont à ce point de vue les plus privilégiés des groupements de droit privé : elles peuvent se former librement, sous certaines conditions de publicité, et choisir librement leur but, elles peuvent le changer, et cela sans rencontrer d'autres difficultés que les difficultés d'ordre intérieur que nous avons rappelées.

C'est dire qu'elles se rapprochent le plus de ces corporations idéales dont parle M. Hauriou.

Mais parmi ces sociétés, il en est d'une espèce particulière et ce sont précisément celles qui nous intéressent : « Certaines sociétés, dit M. Planiol (1), ont un objet qu'il « ne dépend pas d'elles de changer, ce sont celles qui se « fondent pour exploiter une concession de l'Etat ». Soit, de telles sociétés ne peuvent, même si leurs statuts ne s'y opposent pas, changer leur objet, c'est de toute évidence : une compagnie gazière ne peut un beau jour renoncer à assurer le service de la distribution du gaz d'éclairage pour exploiter un commerce de vêtements ou monter un établissement de banque ; une telle opération lui est interdite par le contrat qui la lie au concédant et l'impossibilité qui en résulte est, verrons-nous, purement contractuelle. Mais telle n'est pas la question que nous avons à résoudre. Ce qui nous intéresse, c'est de savoir si une telle société peut modifier son objet, c'est-à-dire étendre son exploitation ou entreprendre des exploi-

(1) Note citée.

tations nouvelles, lorsque ses statuts ne s'y opposent pas. Autrement dit, existe-t-il pour elles une restriction particulière résultant du principe de la spécialité?

Non, pourrions-nous répondre *à priori*, si nous ne voyions en elles que des sociétés ordinaires; oui, devrions-nous déclarer si nous n'envisagions que le service public qu'elles assurent. En réalité, c'est encore par une décomposition de leur nature complexe que la solution doit apparaître.

Nous partirons de la théorie administrative :

« Le principe de la spécialité s'applique à tous les « services publics quels qu'ils soient, même aux services « concédés, dit M. Berthelemy » (1). Jusqu'ici nous sommes d'accord, car, il est comme nous l'avons vu, conforme aux règles élémentaires d'une bonne administration que les services ne se mêlent pas et n'empiètent pas sur leurs domaines respectifs.

Mais, où nous ne le sommes plus, c'est lorsque M. Berthelemy ajoute : « Comment le fait qu'une Compagnie « de Chemins de fer est une société commerciale, per- « sonne morale privée, lui donnerait-il, en ce qui touche « l'exploitation du service à elle concédé, plus de droits « que n'en aurait eus le concédant ? »

D'abord cette idée ne nous paraît pas exacte dans sa forme absolue : nul n'ignore, en effet, qu'une commune peut, par exemple, concéder à une société commerciale une distribution de gaz, que le concédant n'a pas le droit d'exploiter lui-même, aux termes d'une jurisprudence à

(1) Note citée.

peu près constante basée précisément sur la théorie de la spécialité.

Cette idée procède ensuite d'une affirmation gratuite, savoir que la spécialité de la fonction entraîne la spécialité de l'organe; telle est bien, en effet, l'opinion de M. Berthelemy, puisqu'il affirme que du jour où le concessionnaire a été investi de l'exploitation d'un service spécialisé, il doit, à l'instar des personnes administratives, se confiner dans les opérations de ce service (1).

Peut-on démontrer cette affirmation ?

Qu'un établissement public, dont l'unique but, la seule raison d'être est d'assurer le service qui lui est confié, soit frappé par le principe de la spécialité, rien d'étonnant; c'est d'ailleurs proprement une personne administrative, à laquelle s'applique dans toute sa rigueur la règle administrative dont nous nous occupons. Et cet établissement en est frappé, en quelque sorte, avant même qu'il naisse, car il n'a jamais été dans l'idée de personne de concevoir un établissement public destiné à assurer autre chose qu'un service public. Il est spécialisé par définition. C'est comme on le dit couramment, un service détaché de l'Etat; il n'existait pas d'une vie morale distincte avant d'être un service public, il n'existe plus lorsqu'il cesse d'être un service public; le sort de l'organe est si étroitement lié à celui de la fonction, que l'un ne se distingue plus de l'autre.

Mais que l'on commette la même confusion lorsqu'il

(1) Rappelons que cette idée a été maintes fois exprimée par les tribunaux et notamment par la Cour de Douai.

(Douai, 11 nov. 1908, S. 191, 1, 135).

s'agit d'une société concessionnaire, la chose est matériellement impossible, car cet être a existé avec la personnalité morale avant d'être un concessionnaire, ne fût-ce qu'un instant de raison, et ç'a été d'abord une société anonyme. Parfois, il a même existé assez longtemps; le cas n'est pas rare de voir une société faisant le commerce des houilles acheter une usine à gaz et obtenir des concessions pour l'éclairage de différentes localités. Il est fréquent, pour ne pas dire habituel, qu'une société créée pour l'exploitation d'une chute d'eau existe pendant quelques années comme simple société anonyme, jusqu'à ce que la chute soit équipée, et qu'un beau jour elle devienne concessionnaire d'une distribution d'énergie électrique.

Pendant cet instant de raison ou pendant ce temps plus ou moins considérable, elle a vécu sa vie morale avec la pleine capacité dont jouissent les sociétés anonymes, avec toute la liberté commerciale et industrielle qu'on a coutume de leur reconnaître. Quelle influence peut avoir sur sa capacité ou sa liberté le contrat qu'elle a passé avec l'administration le jour où elle est devenue concessionnaire ?

Par son contrat avec l'Administration, cet organisme doué, en vertu de ses aptitudes commerciales, d'une merveilleuse souplesse, s'est-il brusquement cristallisé en un bloc rigide et immuable ?

Pourquoi la spécialisation du service qu'il assure aurait-elle à tout jamais spécialisé l'être moral ? Serait-ce qu'en utilisant sa capacité pour passer un contrat de concession, il l'aurait usée complètement ? Il suffirait pour se convaincre du contraire de remarquer qu'une Compagnie gazière peut, par la suite, devenir concessionnaire d'une

distribution d'énergie, voire même d'une mine de houille; c'est donc que sa capacité a survécu au premier usage.

Enfin, pour se convaincre que le contrat de concession ne peut exercer aucune influence sur la capacité du concessionnaire, il suffit de remarquer que celui-ci n'est pas forcément une société anonyme, mais qu'il peut être un simple particulier; or, oserait-on prétendre que parce que Monsieur X... a obtenu la concession de l'éclairage de telle ou telle localité, il lui est défendu de monter une usine de produits chimiques ou d'exploiter un hôtel?

Donc, même chargée d'un service public, une société anonyme conserve sa capacité propre: Elle jouira comme par le passé de la liberté du commerce et de l'industrie pour toutes les opérations qui ne lui seront pas interdites par son cahier des charges ou son acte de concession.

Et c'est ainsi que nous arrivons tout naturellement à l'idée d'où d'écoulent pour ces sociétés les véritables restrictions. Ces dernières ne sont pas la conséquence du principe de la spécialité, mais du contrat de concession.

CHAPITRE IV

RESTRICTIONS RÉSULTANT DE LA QUALITÉ DE CONCESSIONNAIRE

L'acte de concession est un contrat passé entre une personne administrative, d'une part, et une personne morale privée, d'autre part.

Il est synallagmatique, commutatif et fait intuitu personae (1).

(1) LAMÉ-FLEURY. — *Code des Transports*, p. 285.

« Les cahiers des charges des concessions de Chemins de fer sont tous conformes à un modèle unique... le type commun à nos grands réseaux est le texte d'un contrat régi par l'art. 1134, § 1^{er} du C. Civ. » — Et l'auteur cite dans ce sens :

Cass. Crim., 10 mai 1844 : « Un cahier des charges n'étant autre chose qu'un contrat, la violation des obligations conventionnelles qu'il impose n'est pas de nature à être réprimée par des condamnations pénales ».

Puis, p. 286, Cass. 2 mai 1873 : « Le cahier des charges imposé à une Compagnie de Chemins de fer, loin d'être un règlement d'administration publique, n'est autre chose qu'un contrat intervenu entre l'Etat et cette Compagnie ».

Quelle est la raison d'être de ce contrat?

Elle apparaît nettement, si on examine la nature et le caractère des services concédés. Il existe, en effet, deux catégories de services publics : les uns sont l'exercice des fonctions obligatoires de l'Etat, ils ne sont généralement pas rémunérateurs et leur exploitation se contente des moyens d'action et des ressources dont dispose l'Administration. On peut y faire rentrer les services de police, d'instruction, d'assistance et de soins aux malades, etc.

Les autres, au contraire, qu'on a fort justement appelés les services commerciaux, ont pour caractéristique d'être des exploitations rémunératrices, commerciales ou industrielles, érigées en services publics en raison seulement de leur importance, de l'intérêt général qu'elles présentent et de la nécessité d'en assurer à l'égard du public le fonctionnement permanent et régulier.

Tant que les transports n'avaient pas une importance capitale en raison de l'absence presque complète de trafic international, et même interrégional, chacun se véhicula et véhicula ses marchandises par ses propres moyens.

Les seigneurs voyageaient jadis en pompeux équipages et la suite des fourgons et impedimenta de tel de nos rois est demeurée légendaire. Le menu peuple, au contraire, quand il lui arrivait de se déplacer, voyageait à pied et par petites étapes.

Mais du jour où l'industrie des transports devint, pour des raisons économiques, politiques et militaires, une nécessité nationale, il fallut bien que le gouvernement, à peine de méconnaître un devoir impérieux, prît l'initiative de mettre à la portée de tous et éventuellement à sa disposition, les moyens de locomotion les plus modernes.

Et la même remarque s'applique à tous les autres services industriels.

Mais cette exploitation à bon marché dans l'intérêt des classes les plus modestes, change-t-elle les nécessités et le caractère de l'entreprise ? Nous avons eu l'occasion d'affirmer qu'il n'en était rien. Mais il convient d'insister sur ce point, parce que trop souvent on se laisse entraîner à assimiler le concessionnaire à l'Administration.

Or, après comme avant le traité de concession, l'industrie concédée demande à vivre sa vie commerciale, à la vivre avec une aptitude et une compétence techniques d'autant plus étendues qu'elle a à faire face à de nombreuses charges et que ses profits sont limités du côté des tarifs et ne peuvent s'accroître que du côté de l'exploitation.

Il est donc nécessaire, il est désirable que les êtres moraux qui ont assumé cette tâche d'intérêt public conservent le caractère industriel et commercial qui est de leur essence. Aussi ne s'étonne-t-on pas de voir l'administration se dérober à ce rôle en raison de l'inaptitude de ses rouages, en raison du principe même de la spécialité qui, au sens rigoureusement exact de règle de bonne administration, tend à lui interdire une activité pour laquelle elle n'est pas outillée et lui conseille de ne pas affronter les risques de la concurrence (1).

(1) Il est remarquable qu'en effet, les concessionnaires ne sont pas à l'abri de la concurrence; elle est au contraire pour eux un stimulant et pour le public un bienfait.

Il n'est pas rare de voir une Compagnie de chemins de fer proposer à l'homologation des tarifs réduits pour lutter contre des

Mais l'acte de concession par lequel l'administration se décharge de l'exploitation d'un service public, pour n'être qu'un contrat, n'en présente pas moins une particularité d'où va découler pour le concessionnaire une grave restriction à sa liberté :

Le concédant met à la disposition de son cocontractant un ouvrage public sur lequel va porter tout ou partie de l'exploitation.

§ 1^{er}. — **Restriction résultant du droit du concessionnaire sur l'ouvrage concédé**

Très généralement le traité de concession impose au concessionnaire la construction et l'entretien d'un travail public (1) et, en retour, lui accorde le droit de l'exploiter à son profit pendant un temps limité (2).

Compagnies de transports par eau desservant les mêmes localités.

Il est fréquent que des Compagnies gazières soient amenées à distribuer de l'électricité sous la menace de la concurrence de Compagnies électriques.

(1) Il convient de remarquer que seuls les travaux de construction ont le caractère de travaux publics. Ceux qui sont exécutés au cours de l'exploitation en sont dépourvus, ce qui met en lumière le caractère purement privé de ces derniers, et la nature commerciale de l'exploitation.

(Béquet, Répertoire de droit administratif, V^o. travaux publics, p. 95).

(2) C'est le caractère temporaire de l'entreprise qui, avec le retour de l'exploitation au concédant, sert à distinguer d'après M. Hauriou (op. cit., 8^e éd., p. 17) le contrat de concession.

Or, cet ouvrage public, incorporé au domaine (1) et qui doit faire retour au concédant en fin de concession, ces parties des voies publiques occupées par les rails ou les canalisations, le concessionnaire va-t-il pouvoir les utiliser à telles fins qu'il lui plaira ?

Ceci revient à se demander quelle est la nature du droit du concessionnaire sur la portion du domaine public qu'il exploite.

S'il n'a pas sur lui un droit de propriété (2), il n'a pas non plus un droit réel (3). Il n'a que le droit personnel et

(1) Cf. article 1^{er}, loi du 15 juillet 1845.

« Les chemins de fer construits ou concédés par l'Etat font partie de la grande voirie ». Carpentier et Maury, *Traité des chemins de fer*, t. I, n° 815. Feraud-Giraud, *Des voies publiques et privées*, p. 11. Aucoc, *Conférences sur l'Administration et le droit administratif*, t. II, p. 242 ; t. III, n° 1, 443, etc.

(2) PERRIQUET, *Traité théorique et pratique des Travaux publics* : n° 261 : « On a soutenu que le concessionnaire était propriétaire de l'ouvrage concédé, d'où cette conséquence principale qu'il n'en pouvait être dépossédé que par voie d'expropriation. — Il y avait là une erreur certaine... L'unique but de cette concession est de satisfaire aux nécessités de l'usage de tous. L'unique objet de l'abandon fait au concessionnaire est de lui permettre le remboursement de ses dépens au moyen de la perception des taxes de péages de transports... » Paris, 2 février 1888. D. 89. 2. 165. Douai, 9 mars 1857. S. 57. 2. 577.

(3) BERTHELEMY, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 6^e éd., p. 410. « Le domaine public ne peut pas être grevé de droits exclusifs au profit de propriétés ou au profit d'individus ».

Il existe à ce sujet des décisions intéressantes concernant les chemins de fer. Lamé-Fleury (*Code annoté des chemins de fer*, 4^e éd.), cite p. 269. Trib. Seine, 27 juillet 1850. Douai, 30 août 1856. Enfin, Cass., 15 mai 1861 :

« De l'attribution des chemins de fer au domaine public, il

temporaire d'user de l'ouvrage concédé conformément à sa destination.

Ceci résulte directement de l'inaliénabilité du domaine public (1).

Parfois, cependant, l'ouvrage oncédé ne pourra pas être considéré comme partie intégrante du domaine public. En effet, une doctrine qui paraît tout à fait conforme aux principes, ne classe dans le domaine public que « les portions de territoires affectées à l'usage de tous et non susceptibles de propriété privée » (2). Mais, dans ces cas encore, il résulte du contrat de concession, comme du caractère public de l'ouvrage concédé (usine, matériel générateur d'énergie, matériel roulant, etc.), que ce dernier n'est confié au concessionnaire par l'Etat, le département ou la commune que dans l'intérêt et en vue de l'entreprise qui fait l'objet du contrat.

L'attribution même précaire d'un ouvrage public à un particulier est en effet quelque chose d'anormal et de contraire au droit commun ; on ne saurait donc, en dehors de clauses formelles, étendre les droits que le particulier peut avoir sur cet ouvrage au-delà de l'objet pour lequel il lui a été concédé.

résulte encore que la jouissance des Compagnies, quelles qu'en soient l'importance et la durée, n'a jamais le caractère d'un usufruit, d'une emphytéose ou de tout autre droit analogue comportant un démembrement de la propriété publique, contraire aux principes qui en assurent la conservation et l'intégrité ».

(Cf. Carpentier et Maury, *Traité des chemins de fer*, t. I, n° 183.)

(1) BERTHELEMY, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 6^e éd., pp. 410 et 413.

(2) BERTHELEMY, *Op. cit.*, p. 397.

M. Berthelemy a mis cette idée en lumière dans une formule suffisamment large pour englober ces deux idées (1). La situation du concessionnaire, dit-il, « est « celle d'un *affectataire* dans l'intérêt public, c'est-à-dire « d'un détenteur avec obligation d'utiliser les objets « détenus à l'exploitation qui lui est attribuée en rémunération de ses dépenses. »

La justification de cette formule résulte de la raison d'être du contrat de concession et de l'intention des parties. C'est parce que le service concédé est proprement une entreprise industrielle que le concédant l'abandonne à un tiers, mais c'est uniquement pour que ce tiers soit en mesure d'exploiter cette entreprise déterminée avec les charges qu'elle comporte, qu'il lui concède l'usage d'un ouvrage public.

Cette remarque nous permet de déterminer l'étendue de la restriction qui en découle.

Chaque fois que la société concessionnaire voudra utiliser l'ouvrage concédé dans un but qui n'apparaîtra pas être précisément celui de sa concession, ce problème se posera, que nous avons déjà rencontré, de savoir si l'acte ou l'entreprise incriminée rentre normalement dans l'exploitation du service concédé ou ne constitue pas au contraire un abus de jouissance.

Et sur ce terrain, nous sommes bien obligés de reconnaître avec tous les auteurs qui se sont préoccupés du problème, qu'il se résout en une question de fait.

Du moins, nous pensons qu'on peut découvrir des

(1) D., note citée.

règles directrices qui faciliteront la solution des questions d'espèce, et en général toutes celles que nous avons posées sur la restriction résultant de l'art. 37 du Code de commerce, trouvent ici leur place, limitées bien entendu aux cas où l'acte critiqué met en jeu l'objet concédé.

Nous rappellerons d'abord que le service concédé constitue une entreprise commerciale et industrielle et nous ne devons jamais l'oublier lorsqu'il s'agira d'apprécier la licéité d'une opération donnée.

En second lieu, nous aurons, comme nous l'avons déjà fait, à nous demander quels actes constituent l'accessoire de l'exploitation principale.

Nous considérerons comme tels :

1^o Les actes qui concourent directement au but de la concession, en constituant vis-à-vis du public une amélioration du service concédé. Nous nous sommes déjà expliqués sur ce point.

2^o Les actes qui s'imposent à un industriel soucieux de ses intérêts, et que nous avons appelés actes de bonne administration industrielle. Il convient de revenir sur cette idée, parce que, toute naturelle lorsqu'il s'agissait de la restriction commerciale découlant de l'art. 37 du Code de commerce, elle peut paraître risquée lorsqu'il s'agit de restrictions d'ordre administratif tenant au droit du concessionnaire sur l'objet concédé.

Nous la croyons vraie pourtant, pour toutes les raisons que nous avons de ne voir dans le concessionnaire qu'un industriel grevé de certaines charges au profit du public. Lorsqu'il use de l'ouvrage concédé, sa seule préoccupation doit être de ne pas le détourner de l'objet de sa concession.

Or, son acte de concession a eu précisément pour objet de lui confier une exploitation industrielle et le concédant serait par suite mal venu à lui interdire d'exécuter sur l'ouvrage concédé les opérations qui en sont la suite normale.

Dire que cette interdiction résulte tacitement du contrat de concession serait presque un non sens.

Enfin, en raison de cette notion même d'intérêt général étroitement liée à celle d'utilisation du domaine, on devra se montrer beaucoup moins sévère pour les actes susceptibles de favoriser le développement économique et la richesse nationale.

Appliquons cette théorie aux cas les plus controversés, en laissant complètement de côté les restrictions purement commerciales.

Une Compagnie de chemins de fer utilise les voies et le matériel de sa concession pour revendre au prix coûtant des charbons qu'elle pouvait ne pas acheter. De deux choses l'une : ou bien elle a agi au titre de concessionnaire, et dès l'instant qu'elle a usé de l'ouvrage concédé dans un but étranger à l'objet de sa concession, elle en a fait un emploi abusif ; ou bien elle a entendu user du matériel de transport comme l'aurait fait un particulier, et dans ce cas encore elle a agi sans droit, puisqu'elle a violé une des clauses essentielles de son acte de concession, interdisant formellement les tarifs de faveur.

Supposons, au contraire, qu'elle s'en serve pour écouler à vil prix les résidus véritables de son exploitation : mâchefer, traverses, fers usagés, etc. il n'y a là qu'une conséquence inévitable de son exploitation, et opération licite.

Allons plus loin, une Compagnie achète des charbons et les revend, après les avoir majorés du prix de transport, nous n'hésitons pas à proclamer qu'au point de vue très particulier qui nous occupe, elle n'est pas repréhensible, car elle a bien usé du matériel concédé, mais à titre de client, comme aurait pu le faire n'importe quel particulier ; qu'elle ait joué à la fois le rôle du client et de transporteur, peu importe, le principe est respecté.

Lorsqu'une Compagnie crée sur le terrain de sa concession un hôtel terminus, elle ne fait qu'améliorer son service et on ne saurait l'en blâmer.

Mais supposons qu'elle donne cet hôtel à bail à un entrepreneur de concerts ou de banquets de noces, elle détourne l'objet concédé de son but et dépasse son droit. Nous nous séparons donc ici de la jurisprudence.

Nous nous en rapprochons, au contraire, dans l'hypothèse où le concessionnaire achète des terrains à titre de placement et fait sur ces terrains, propriété privée, édifier des hôtels qu'il loue pour la même destination. Aucun principe n'est violé et l'opération est licite.

M. Lyon-Caen écrivait (1) qu'« à défaut d'une « prohibition formelle, les Compagnies de chemins de « fer constituées depuis 1867 peuvent exercer tel commerce ou telle industrie que bon leur semble ». Pour être tout à fait exacte, il manque quelque chose à cette formule et nous pourrions la compléter ainsi : « pourvu « que ce commerce ou cette industrie ne mette pas en « œuvre le travail public ou le matériel concédé ».

(1) Note citée.

On a pu remarquer que nous nous rencontrons sensiblement dans les solutions examinées avec M. Mestre, c'est-à-dire avec un des auteurs qui font jouer le principe de la spécialité.

En quoi notre système diffère-t-il du leur ?

Il en diffère à deux points de vue : au point de vue du champ d'application, et à celui des conséquences des interdictions.

Champ d'application. — Le principe de la spécialité aurait une sphère beaucoup plus vaste puisqu'il s'étendrait à tous les actes des Sociétés concessionnaires ; la restriction résultant du droit du concessionnaire sur l'objet concédé ne vise, au contraire, que les cas dans lesquels le concessionnaire met en œuvre le matériel concédé en tant qu'exploitant. C'est ainsi que nous avons reconnu, en nous en tenant à la restriction qui nous occupe, que lorsque la Société agit en dehors du domaine de sa concession, la liberté du commerce et de l'industrie est la même pour elle que pour toute autre Société anonyme ; qu'une Compagnie de tramways pourrait vendre du matériel électrique, des isolateurs, trafiquer sur le cuivre ou l'acier, qu'une Compagnie du gaz pourrait acheter des produits chimiques pour les revendre, après les avoir ou non transformés, et même faire le commerce des charbons, pourvu que les tonnages qu'elle revendrait soient frappés des droits d'octroi ou autres, dont ceux qu'elle achète pour sa fabrication sont, en général, exemptés. Le tout, sous réserve de clauses formellement contraires du cahier des charges.

Conséquences. — Si les auteurs dont nous nous occu-

pons affirmaient, comme on l'a fait parfois, que le principe de la spécialité est un principe de droit civil, nous n'aurions rien à dire de ses conséquences. Mais M. Mestre admet précisément que ce n'est qu'une règle de bon ordre administratif ; nous nous étonnons donc de la facilité avec laquelle cet auteur admet comme une des conséquences de sa violation, l'allocation de dommages-intérêts : « Il faudra ajouter, dit-il (1), aux termes de la « jurisprudence sanctionnée par l'arrêt ci-dessus de la « Cour de Douai, la condamnation de la personne « morale à des dommages-intérêts envers les personnes « lésées par les actes sortant de sa spécialité fonctionnelle, »

Au contraire, pour nous, les actes condamnés par la Cour de Douai donnent tout naturellement ouverture à une réparation pécuniaire, pour deux raisons : parce qu'ils violent le principe de l'inaliénabilité du domaine public, et parce qu'ils violent l'acte de concession.

Ils violent l'acte de concession parce que cet acte détermine le matériel qui est incorporé au domaine, parce qu'enfin ce même acte concède à l'exploitant une parcelle du domaine en vue d'un service déterminé et non en vue de telle ou telle opération commerciale, qu'il pourrait lui plaire de réaliser.

(1) Note citée au Sirey, 1911-1-33.

§ 2. Limitations résultant des clauses de l'acte de concession

Nous avons vu que l'acte de concession était un contrat. Parmi les clauses de ce contrat, les unes réglementent le service concédé lui-même, les autres interdisent formellement au concessionnaire de participer à telle ou telle entreprise déterminée ou même de s'adonner à n'importe quelle autre exploitation.

Les premières ont la variété infinie que la fantaisie des co-contractants peut leur prêter ; elles sont innombrables et on ne peut songer à les énumérer. Il en est parmi elles qui influent directement ou indirectement sur la liberté commerciale. Nous citerons à titre d'exemple les clauses qui interdisent aux Compagnies de chemins de fer de modifier leurs tarifs en faveur de certains particuliers et les clauses de garantie d'intérêt ; enfin, on cite parfois comme telle la clause qui oblige les Compagnies à ne percevoir que des tarifs homologués.

Homologation des tarifs. — Les cahiers des charges des Compagnies de transports leur interdisent généralement de percevoir des taxes en dehors des tarifs dûment homologués. On a parfois cherché à déduire de cette obligation l'impossibilité pour ces Compagnies de percevoir des profits en dehors des tarifs réguliers.

Or, il n'en est rien. Cette défense ne vise que les sommes perçues en vertu du service concédé, mais ne peut avoir aucune influence sur les opérations faites par le concessionnaire en dehors de sa concession ; il n'im-

plique donc pas la défense pour lui de se livrer à une industrie étrangère. M. Lyon-Caen s'exprime ainsi à ce sujet :

« Mais le principe qui interdit aux Compagnies de percevoir des taxes en dehors des tarifs, n'est applicable qu'aux sommes réclamées à l'occasion de l'exploitation des lignes, c'est-à-dire pour le transport des marchandises ou des personnes.

« Dans la mesure dans laquelle une Compagnie peut se livrer à tout autre commerce, ce principe est hors de cause. La raison en est bien simple ; le droit laissé aux Compagnies d'établir leurs tarifs à leur guise aurait donné lieu aux plus fâcheux abus et ces abus seraient venus du monopole de fait dont elles jouissent.

« Ce monopole, comme nous l'avons dit plus haut, ne s'applique nullement aux opérations que peut faire une Compagnie en dehors du transport ; pour celles-ci, une intervention de l'autorité publique dans le but d'approuver les tarifs ne pourrait se justifier ». (1)

Clauses consacrant le principe de l'égalité. — L'article 48 du cahier des charges type des Compagnies de chemins de fer dispose dans ses § 4 et 5 :

« La perception des taxes devra se faire indistinctement et sans aucune faveur ».

« Tout traité particulier qui aurait pour effet d'accorder à un ou plusieurs expéditeurs une réduction sur les tarifs approuvés demeure formellement interdit ».

Cette clause consacre le principe de l'égalité qui est maintes fois proclamé dans les actes de concession de ces Compagnies.

(1) Note citée au Sirey,

Ce principe a plusieurs conséquences intéressantes :

C'est sous son influence que les tribunaux ont reconnu l'impossibilité pour une Compagnie de chemins de fer de revendre à prix coûtant des houilles qu'elle pouvait ne pas acheter et qu'elle n'a achetées que pour en faire le commerce. En effet, avons-nous vu, un concessionnaire peut bien, comme tout industriel, comme tout commerçant, se livrer au trafic des houilles, mais c'est à condition de ne pas utiliser, dans ce but, le matériel qui lui a été concédé en vue de son service public. Ou bien, s'il l'utilise il ne peut le faire que comme un simple particulier et sous réserve de ne pas se consentir à lui-même un tarif de faveur ; en revendant une denrée à prix coûtant, il viole les clauses de son cahier des charges, imposant l'égalité de traitement.

Le principe d'égalité se manifeste encore dans les clauses régissant les rapports des compagnies avec les diverses entreprises de transports (1). C'est ainsi qu'on a pu condamner certains concessionnaires à des dommages-intérêts envers les camionneurs libres, lorsqu'ils ouvraient des bureaux de ville où les colis étaient reçus en dehors des heures où les gares étaient réglementairement ouvertes pour les autres camionneurs (2).

Clauses de garantie d'intérêt. — Dès 1883, M. Dumay, dans l'article de *La Loi* que nous avons cité, remarquait

(1) Article 14, loi du 15 juillet 1845, sur le chemin de fer de Paris à la frontière de Belgique ; article 5, loi du 7 juillet 1838, sur la concession des chemins de fer de Paris à Orléans.

(2) Cassation, 30 mars 1863. S. 63, 1, 352. Cf. Lamé-Fleury, *op. cit.* pp. 1005 et s.

qu'aux deux restrictions mentionnées par M. Lyon-Caen, il fallait en ajouter une troisième : celle résultant de la garantie d'intérêts accordée par l'Etat, le Département ou la Commune à certains concessionnaires.

Il est clair, en effet, qu'une Compagnie qui bénéficie d'un semblable secours financier ne peut, sans l'agrément de son garant, engager son capital dans une entreprise étrangère.

La garantie d'intérêts que les conventions de 1883 ont rendue fameuse, n'est pas restée limitée au domaine des chemins de fer ; les Compagnies de tramways, elles aussi, ont été encouragées par ce procédé ; toutefois, les deux garanties diffèrent quelque peu :

En vertu des conventions de 1883, les Compagnies de chemins de fer devaient recevoir de l'Etat, sous forme d'avances productives d'intérêts, d'une part, les sommes nécessaires pour distribuer un certain dividende à leurs actionnaires, d'autre part, les sommes nécessaires pour payer l'intérêt et l'amortissement de leurs obligations.

En ce qui concerne les Compagnies de tramways, la garantie affecte généralement une autre forme :

Elle n'assure pas aux actionnaires un dividende donné, ni aux créanciers un intérêt fixe, mais elle garantit à la Compagnie une recette minima (1).

Quelle que soit la forme de cette intervention financière du concédant, le concessionnaire qui voudrait engager une fraction quelconque de son capital dans une

(1) Loi du 11 juin 1880, article 13.

exploitation étrangère, devrait forcément y être autorisé par l'autorité supérieure.

Les Compagnies de chemins de fer et de tramways en particulier devraient nécessairement recourir à un décret en Conseil d'Etat.

*
* *

Clauses formelles d'interdiction. — Les clauses qui interdisent formellement au concessionnaire de participer à telle ou telle entreprise déterminée peuvent elles-mêmes varier à l'infini.

Enfin, celles qui interdisent toute exploitation étrangère à l'objet de la concession et qui entraînent la spécialité contractuelle peuvent affecter en général deux formes :

Il en est d'impératives et de formelles qui sont radicalement prohibitives. M. Lyon-Caen (1) en cite deux exemples :

L'article 2 du décret du 27 mars 1871 déclarant d'utilité publique l'établissement d'un chemin de fer d'Anduze à ou près Lezan stipule :

« Cette Société devra se renfermer strictement, à
« moins d'autorisation spéciale, dans l'objet de la pré-
« sente concession ou des autres concessions de chemin
« de fer qui pourront lui être faites ultérieurement. »

Et l'article 2 du décret du 29 avril 1874 déclarant d'utilité publique l'exécution du chemin de fer d'Arzew à

(1) Note citée au Dalloz.

Saïda : « La Société concessionnaire devra se renfermer, « à moins d'une autorisation spéciale du Gouvernement « dans l'objet des statuts en date du 13 février 1873 (1) ».

D'autres sont devenues de style dans un certain nombre de cahiers des charges et notamment dans ceux des Compagnies de tramways : elles interdisent d'une façon générale à la Société concessionnaire « d'engager son « capital directement ou indirectement dans une opéra- « tion nouvelle, sans y être précédemment autorisée par « décret délibéré en Conseil d'Etat. »

Quelle est la portée de ces deux formes d'interdiction ?

Bien qu'à première vue les unes comme les autres semblent mettre le concessionnaire dans l'impossibilité absolue d'exercer une industrie différente de l'objet de sa concession, il y a lieu de faire une distinction :

Les interdictions formelles prohibent d'une façon évidente toute manifestation de l'activité de la Société anonyme dans le domaine de l'industrie privée.

Nous avons vu que la restriction résultant du droit du concessionnaire sur l'ouvrage public exploité constituait un premier crible à mailles larges ne retenant que les opérations étrangères à son exploitation principale, mettant en œuvre le matériel concédé :

L'interdiction formelle prévue au cahier des charges

(1) On peut citer également : le décret du 12 août 1874, chemin de fer de Lille à Valenciennes, article 2. Décret du 16 novembre 1874, chemin de fer de Besançon à Morteau, article 2 § 1. Loi du 17 août 1885, chemin de fer de Sauçons à Lapeyrouse, article 4. Loi du 27 juillet 1886, chemin de fer de la Voulte-sur-Rhône au Cheylard, article 4, etc.

vient arrêter d'une façon absolue toutes celles de ces opérations étrangères au service concédé, que le premier crible avait laissé échapper.

Au contraire, la clause qui interdit simplement d'engager le capital directement ou indirectement dans une opération nouvelle n'est qu'un réseau à mailles plus étroites qui laisse encore passer un certain nombre d'actes de commerce étrangers à l'exploitation principale.

Ceci résulte du sens même de l'expression employée : engager son capital, c'est l'immobiliser dans des installations, l'employer à l'achat d'outillage nouveau, en un mot, l'affecter à des dépenses de premier établissement.

Au contraire, exploiter n'est pas immobiliser et toute exploitation d'un ouvrage existant, même dans un but autre que celui fixé par l'acte de concession, échappe à cette prohibition.

C'est de l'antithèse de ces deux notions d'installation et d'exploitation que jaillit la possibilité d'opérations étrangères et pourtant licites.

Un exemple éclairera cette idée :

Lorsqu'une Compagnie de tramways vend à l'usine le courant qu'elle n'utilise pas pour le service de la traction, elle fait, verrons-nous, une opération accessoire de son exploitation principale, donc licite dans tous les cas. Imaginons que cette Compagnie ait la prétention d'utiliser ses feeders ou ses câbles pour distribuer le courant aux particuliers et organiser un trafic régulier d'énergie; elle le pourra si son cahier des charges ne lui défend que d'engager son capital dans des entreprises étrangères, elle n'en aura pas le droit si son cahier des charges l'astreint formellement à se renfermer dans l'objet de sa concession;

mais dans un cas comme dans l'autre, elle ne peut placer des câbles nouveaux pour amener l'énergie à ses points de distribution. Cette dernière opération constitue, en effet, au premier chef, une immobilisation de capital.

Remarquons qu'en raison de la nature même de l'entreprise concédée, c'est encore à la comptabilité commerciale et industrielle que nous devons emprunter le critérium qui nous permettra de reconnaître si par une opération donnée le concessionnaire engage ou non son capital.

§ 3. — Limitations résultant du monopole

Il nous reste maintenant à faire justice d'une restriction très générale qu'on a voulu imposer à l'activité des Compagnies et dont les conséquences seraient aussi rigoureuses que celles de la spécialité administrative : il s'agit de l'incapacité qui résulterait pour elles de leur monopole.

Cette restriction a parfois été confondue avec celle qui découle de la spécialité proprement dite, c'est ainsi que M. Duguet (1) déclare que le monopole « justifie largement la règle de la spécialité fonctionnelle », et que les tribunaux mentionnent cette cause d'incapacité à l'appui de leur défense de faire le commerce, sans toutefois s'expliquer formellement sur sa nature. Or, de deux choses l'une, ou bien la spécialité frappe les être moraux de droit privé et il est inutile d'invoquer l'existence d'un

(1) Thèse citée, p. 82.

monopole, ou bien elle est étrangère à leur domaine et la constitution d'un monopole ne saurait y soumettre une société commerciale; elle ne pourrait que faire naître une incapacité contractuelle, ayant des effets aussi étendus. Puisque nous avons rejeté le principe de la spécialité, il ne nous reste à examiner que cette deuxième hypothèse.

En premier lieu, il faut s'entendre sur ce qu'on appelle le monopole des Compagnies. A part quelques Compagnies d'éclairage au gaz et à l'électricité, il n'existe pas, pour les concessionnaires, de monopole de droit. La loi de 1906 sur les distributions d'énergie a prohibé formellement la constitution de monopoles pour la force motrice (1). Quant au monopole des chemins de fer ou des tramways, il n'existe qu'en fait :

« Les Compagnies de chemins de fer n'ont pas de
« monopole de droit, écrit M. Lyon-Caen (2). L'Etat,
« les départements, les communes qui font une conces-
« sion se réservent toujours la faculté de concéder, par
« la suite, des lignes parallèles desservant les mêmes
« localités, sans que le premier concessionnaire ait le
« droit de se plaindre... » (3).

Ce qui est exact, c'est qu'en fait, on n'accorde presque

(1) Art. 8 de la Loi du 15 juin 1906.

(2) Note citée, S. 1882, 2. 169.

(3) Cf. HAURIOU. — *Précis de droit administratif*, p. 813 :
« spécialement, l'administration qui a concédé des lignes de che-
« mins de fer ou des lignes de tramways n'est pas obligée, par
« cela même, à ne pas en concéder d'autres dans la même direc-
« tion (C. E. 4 mars 1904. Société du chemin de fer funiculaire
« de Rouen-Tauplet) ».

jamais deux concessions pour les mêmes localités; d'ailleurs ce monopole de fait n'existe qu'à l'égard d'une seule catégorie d'entreprises : celles qui voudraient postérieurement établir des voies ferrées pour les mêmes destinations; et on rencontre généralement, là où la nature des voies fluviales et terrestres s'y prête, des entreprises de transport par eau parallèles aux chemins de fer et des entreprises de camionnage sur route.

Quant au monopole des Compagnies d'éclairage, il n'est lui-même que relatif, puisque les municipalités se réservent presque toujours dans l'acte de concession, en cas de progrès dans les modes d'éclairage ou de découverte d'une nouvelle source lumineuse, d'en imposer l'adoption au concessionnaire, et sur son refus, d'en confier l'exploitation à un autre concessionnaire.

La restriction qui résulterait de la constitution d'un monopole ne peut être, avons-nous dit, qu'une restriction contractuelle; c'est-à-dire qu'en l'absence de clause formelle, elle ne pourrait résulter que de l'interprétation de l'intention des parties, concédant et concessionnaire.

Or, comment, dans la pensée des co-contractants, ce monopole pourrait-il interdire au concessionnaire des actes de commerce étrangers à l'objet de sa concession ? Quand une Compagnie de chemins de fer monte un hôtel dans un site pittoresque, afin d'y attirer les voyageurs, elle n'entend pas étendre son monopole à cet établissement; elle l'exploite comme tout concurrent pourrait le faire. S'il lui prenait fantaisie d'établir à l'intérieur d'une ville un établissement de bains ou une station d'électricité, ce n'est pas en tant que concessionnaire privilégié qu'elle exploiterait ces établissements,

mais en tant que commerçant ou industriel et nous ne voyons pas en droit de bonnes raisons de le lui interdire.

On ne voit pas davantage qu'en fait cette interdiction paraisse être dans l'intention du concédant.

Bien au contraire, chaque fois que ce dernier a entendu prohiber une opération commerciale ou limiter l'activité du concessionnaire à l'exploitation de sa concession, il a pris la peine de le dire formellement (voir p. 147).

Enfin, nous ne devons pas oublier que ces interdictions constitueraient des dérogations au droit commun et que ce n'est pas par voie d'induction que l'on crée de telles dérogations.

A la vérité, on peut craindre, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que la Compagnie, lorsqu'il s'agit s'agit des chemins de fer seulement, use gratuitement de son matériel pour introduire dans des localités éloignées de leur point de production, des objets manufacturés ou des matières premières et les vende à un prix défiant toute concurrence. Nous avons vu quelles conséquences on doit tirer de cette crainte d'abus.

En ce qui concerne les Compagnies d'éclairage, ce danger n'existe même plus. A peine peut-on redouter qu'elles revendent au rabais les matières premières nécessaires à leur industrie, que leurs traités de concession leur permettent d'entrer en franchise. Mais la fraude est si facile à reconnaître et à réprimer qu'il n'y a pas lieu de s'y arrêter.

§ 4. — Sanctions

Quelles sont les sanctions des restrictions découlant du contrat de concession ?

Il en est une première qui ne fait aucun doute dans son principe même, c'est la déchéance. Nous avons vu que M. Lyon-Caen l'indiquait déjà comme juridiquement possible lorsqu'une société régie par l'art. 37 du code de Commerce se livrait à des opérations étrangères à son objet. Nous n'hésitons pas à déclarer qu'elle serait également possible lorsqu'une société dépasse les limites apportées à son activité commerciale directement par l'acte de concession et indirectement par la nature de ses droits sur l'ouvrage concédé.

La déchéance est, en effet, la sanction ordinaire en matière de concession. On a toujours considéré qu'elle était possible dans l'hypothèse de manquements graves aux obligations du concessionnaire (1). L'acte de concession étant un contrat synallagmatique, sa résolution peut être demandée lorsqu'une des deux parties ne satisfait pas à ses engagements (art. 1184 c. Civ.). Mais seuls les tribunaux administratifs seront juges de la gravité des manquements et il est probable qu'en fait la peine paraîtrait dans la plupart des cas hors de proportion avec la faute.

Nous avons affirmé qu'il existait pour les restrictions

(1) BERTHELEMY. — *Traité Élémentaire de droit administratif*, p. 595.

résultant du principe de l'inaliénabilité du domaine public une autre sanction : la condamnation à des dommages-intérêts envers les tiers lésés ; cette sanction existe-t-elle également pour les restrictions résultant directement de clauses formelles du cahier des charges ?

Nous n'en doutons pas, car ces clauses constituent des stipulations pour autrui, c'est-à-dire des dispositions insérées en faveur de tiers, et il faut entendre par là, non-seulement les individus appelés à user du service concédé, mais le public en général, y compris les industries privées que pourrait léser leur inobservation.

Quelle que soit leur forme, l'objet de ces clauses est toujours d'éviter en premier lieu que le concessionnaire détourne une part importante de ses capitaux du service public dont il a assumé la charge et en second lieu que le concessionnaire puisse concurrencer telle ou telle industrie, lorsque le concédant estime cette concurrence contraire au but poursuivi par la création du service.

Répétons que si le concessionnaire prend d'une façon constante la peine, lorsqu'il le juge utile, d'insérer de semblables interdictions, c'est une nouvelle preuve que la restriction n'existe pas dans le silence du contrat de concession, et ne résulte pas d'un principe général conforme dans ses effets à celui de la spécialité fonctionnelle (1).

Ceci dit, il n'est pas douteux que la violation de

(1) L'insertion de clauses d'interdiction est le seul moyen pour le concédant d'empêcher une concurrence qu'il peut estimer dangereuse ou inopportune. Et le danger existe réellement pour

ces clauses, lorsqu'elle portera à ceux qu'elles avaient mission de protéger un préjudice appréciable, donnera ouverture au droit à des dommages-intérêts.

Enfin, les tribunaux, gardiens des droits des tiers, pourront toujours en présence des termes formels de l'acte de concession, ordonner au concessionnaire de cesser l'entreprise illicite à laquelle il se livre, en violation des stipulations du contrat.

certaines concessions telles que les chemins de fer, dont le but est précisément de développer le commerce et l'industrie :

« Ce qu'il faut en conclure, dit M. LYON-CAEN (note citée), c'est « que dans tout cahier des charges, une clause spéciale analogue « à celles que nous avons rapportées plus haut devrait être « insérée pour limiter le droit de chaque Compagnie à la construction et à l'exploitation.

« Mais une restriction à la liberté de l'industrie ne peut être « fondée sur une considération tirée du danger des abus. Un « texte est indispensable... »

TROISIÈME PARTIE

VENTE D'EXCÉDENTS DE COURANT PAR LES COMPAGNIES DE TRAMWAYS

Au cours de nos précédentes explications, nous avons rencontré quelques-uns des cas dont la jurisprudence avait eu à s'occuper : ventes de houilles, construction d'hôtels Terminus, conclusion de traités pour l'exploitation des commerces de livres ou d'articles de fumeurs, création de bureaux de ville ou d'entreprises de camionnage par les Compagnies de Chemins de fer.

Mais nous avons laissé de côté un des aspects les plus actuels de la question : la vente des excédents d'énergie par les Compagnies de tramways. L'étude en est intéressante parce qu'elle permet de préciser les conséquences des principes exposés et de saisir comment une législation propre à l'industrie principale ou à l'industrie accessoire peut en modifier la portée. L'intervention de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie est des plus instructives à ce point de vue.

*
* *

La question se présente de la façon suivante :

Une Compagnie de tramways électriques qui produit elle-même son énergie est, industriellement parlant, obligée d'installer des machines productrices de courant d'une puissance telle qu'à chaque instant la force absorbée par les voitures en marche soit inférieure ou égale à la force que peut produire l'usine génératrice. Cette nécessité est de toute évidence, elle est la condition la plus élémentaire d'une bonne exploitation. On peut donc affirmer à priori que toutes les fois que le service de la traction n'atteindra pas le maximum prévu, quelques machines seront inactives, ou que les machines en marche ne produiront pas tout ce qu'on pourrait leur faire produire normalement. Comme ce maximum n'est, en réalité, jamais atteint, il existera à chaque instant entre la force que l'on pourrait produire et celle qu'il suffit de produire une différence D , essentiellement variable puisqu'elle dépend de deux facteurs, dont l'un, la force absorbée par le service de traction, est lui-même variable.

Mais cette quantité D n'est pas la seule qu'une exploitation de tramways ait à sa disposition après avoir satisfait aux exigences de son service : il se peut que quelques unes des machines destinées à fonctionner couramment pour les besoins de la traction soient momentanément immobilisées par suite d'accidents, de réparations, ou pour d'autres causes ; d'où la nécessité pour l'exploitant de prévoir et d'installer tout un matériel de secours susceptible de suppléer au matériel normal de production.

Dans ces machines de secours va encore sommeiller une force importante que l'exploitant pourra à sa guise faire jaillir ou laisser emprisonnée.

Les Compagnies concessionnaires de tramways sont-elles autorisées à disposer pour un objet différent de celui de leur concession, et notamment pour la vente à des tiers, de tout ou partie de la quantité D ?

Faut-il les autoriser à utiliser, en outre, la puissance récelée par le matériel de secours ?

Faut-il enfin aller jusqu'à leur permettre d'installer des machines supplémentaires pour la production de courant destiné à la vente ?

Telles sont les questions que soulève le problème de la vente des excédents. On pourrait s'étonner de ce que nous n'ayons jamais, en les formulant, employé le mot « excédent ». Nous l'avons fait à dessein, car, définir le mot, c'est résoudre le problème, puisque les tribunaux, comme la pratique administrative, reconnaissent aujourd'hui aux Compagnies le droit de vendre des excédents et que, par suite, tout ce qui est baptisé excédent peut être vendu.

CHAPITRE PREMIER

§ 1^{er}. — Intérêts de la question

Quel est l'intérêt de la question pour les Compagnies de Tramways ?

Il est capital, car les frais de premier établissement d'une exploitation de tramways sont toujours très élevés, et le matériel de production d'énergie très coûteux fonctionne d'une façon éminemment irrégulière ; au point de vue économique comme au point de vue industriel, il y a là un obstacle à une utilisation judicieuse des forces et par suite un vice originel qu'il faut chercher à atténuer dans la plus large mesure.

Un service de tramways électriques, quels que soient les soins pris pour régler les horaires et organiser l'exploitation technique, est fatalement sujet à des variations très considérables d'intensité : Dans certaines villes ou dans certains quartiers particulièrement industriels, les voyageurs se pressent aux heures d'entrée ou de sortie des usines ; entre temps, l'énergie nécessaire pour faire face aux demandes de la traction diminue dans de très fortes proportions.

L'intensité du transit n'est d'ailleurs pas la même tous les jours. Dans l'affaire des tramways électriques de Lille, le tribunal de commerce eut à tenir compte de cette « différence de courant utilisé les dimanches et jours « fériés où le transport des voyageurs est considérable, « et les autres jours où la circulation est moins intense ».

Il va donc falloir, à certaines heures et certains jours, produire une quantité d'énergie infiniment supérieure à celle qu'absorbe en moyenne le service des tramways.

Pour peu qu'il pleuve, qu'il neige ou que les circonstances atmosphériques provoquent une déperdition de courant, il va falloir à certains moments produire une quantité d'énergie encore bien supérieure, tellement supérieure à la demande moyenne que la puissance maxima à prévoir lors de l'installation va être en disproportion flagrante avec les résultats d'exploitation, à moins qu'on ne cherche par un procédé quelconque à régulariser la consommation.

Cette régularisation est obtenue tout naturellement par la vente du courant aux heures où le service de la traction ne l'absorbe pas complètement.

M. Tochon, dans une étude parue dans l'*Information*(1), signale les améliorations obtenues dans différentes villes étrangères par l'adjonction à l'exploitation des tramways de celle d'une distribution d'énergie. Il en ressort que dans une ville comme Blackburn, où le maximum de charge pour la traction est de 1.160 kw. et le maximum pour la lumière de 1.100 kw. on a pu, en réunissant les

(1) Numéros des 6, 16 et 21 mai 1913.

deux exploitations, réaliser une économie de 1.065 kw. qui auraient nécessité pour leur production l'immobilisation d'un capital de 31.950 livres sterling ; que pour la Compagnie des chemins de fer de Saint-Gall-Speicher-Trogen, le coefficient d'exploitation traction s'est élevé à 78 % tandis que le coefficient d'exploitation lumière et force n'a été que de 56 % ; par la réunion des deux exploitations, les bénéfices qui auraient été pour la traction seule de 22 %, ont été portés à 26 %.

On conçoit donc qu'au point de vue financier il soit extrêmement avantageux de réunir les deux industries qui s'appellent et se complètent l'une l'autre ; on arrivera ainsi à une utilisation beaucoup plus rationnelle du capital immobilisé et à un rendement bien supérieur (1).

*
* *

Au point de vue économique, soutiendra-t-on qu'il est désirable de laisser inutilisé un matériel coûteux, capital improductif, installation faite pour le travail et que l'immobilité met peu à peu hors d'usage ?

Lorsqu'on interdit à une Compagnie de chemins de fer de transporter des houilles pour les revendre, on n'en-trave pas son industrie, on oblige simplement le conces-

(1) M. BEQUET, dans son *Répertoire de Droit administratif* (Voies ferrées, t. XVII, p. 533) écrit à ce sujet :

« ... Il faut souhaiter, dans l'intérêt du développement des
« entreprises de tramways et de chemins de fer d'intérêt local,
« dont les conditions d'existence sont souvent difficiles, que cette
« jurisprudence admette la réunion dans les mêmes mains, et
« sous réserve de l'autorisation des autorités compétentes, d'en-

sionnaire à user d'un matériel qui n'est pas sa chose, conformément à sa destination, c'est-à-dire pour le transport du public, des produits de l'industrie, des denrées commerciales, en respectant le principe de l'égalité de traitement prescrit par l'acte de concession; bien loin d'imposer à son matériel un chômage funeste, on oblige la Compagnie à le consacrer tout entier au développement de l'activité économique.

Dira-t-on qu'en laissant inactives des dynamos installées dans une usine génératrice, on les utilise conformément à leur destination? Qu'on les consacre au développement économique d'une région? Si elles tournent, s'empresseront d'objecter des esprits craintifs, c'est la ruine des entreprises de distribution de la localité qui, elles, n'ont qu'une corde à leur arc et ne peuvent baisser indéfiniment leurs prix.

Se laisser impressionner par un tel raisonnement, en admettant qu'il soit exact, c'est reconnaître implicitement que les entreprises de distribution d'énergie sont en

« treprises qui, au point de vue technique, se complètent d'une façon très heureuse ».

M. WEISS, dans une étude technique très documentée parue dans les *Annales des Mines* (1910, 11^e fascicule) écrit (p. 407) :

« Il est même le plus souvent conforme à la technique moderne
« de réunir le service des transports et le service de l'éclairage.
« L'énergie coûte, en effet, d'autant moins cher qu'elle est produite en plus grande quantité, et l'adjonction du service des
« tramways au service de l'éclairage, en régularisant la consommation de l'usine de production d'énergie, facilite grandement
« l'exploitation. D'autre part, les câbles des tramways, une fois
« posés, ce serait faire bien inutilement des dépenses souvent
« importantes que de poser de nouveaux câbles pour la lumière ».

elles-mêmes un but et une fin qu'il faut protéger, alors qu'elles ne sont qu'un moyen pour l'industrie d'obtenir une force motrice commode, obéissante et peu coûteuse ; d'ailleurs cette crainte n'est que partiellement fondée, ainsi que nous le verrons.

L'antithèse entre nos deux exemples est donc frappante : en utilisant gratuitement son matériel pour transporter des houilles, la Compagnie de chemins de fer apporte le trouble dans le jeu des échanges et combat les intérêts mêmes qu'elle a pour but de favoriser et de développer.

En procurant de l'énergie à bon marché, la Compagnie de tramways fournit à la région qu'elle dessert un merveilleux outil de développement économique.

Cette antithèse est encore plus saisissante si on remarque que le résultat économiquement désirable est l'abandon de la houille de plus en plus rare, aux industries qui ne peuvent s'en passer et l'utilisation de la force hydraulique pour la production de l'électricité.

Or, les excédents peuvent précisément être vendus par les Compagnies de tramways à un prix inférieur au courant des centrales électriques marchant à la vapeur, mais à un prix toujours sensiblement supérieur au courant hydro-électrique (1) ; et nous verrons que du jour où la vente des excédents devient onéreuse, ce n'est plus une amélioration de l'exploitation des transports, elle cesse d'être licite.

(1) Ceci est si vrai que peu à peu, les Compagnies de tramways cessent de produire du courant pour l'acheter à des usines hydro-électriques.

*
* *

Enfin, nous n'insisterons pas sur l'intérêt qu'a le public à trouver en face de lui un concessionnaire puissant et bien outillé, à ne pas être brusquement immobilisé par les pannes fatales d'un matériel ne fonctionnant que par intermittence ; c'est aujourd'hui un lieu commun.

CHAPITRE II

LA QUESTION AU POINT DE VUE JURIDIQUE

Théoriquement, le problème peut présenter des données variables résultant de la combinaison des hypothèses suivantes :

Il se peut :

1° Que la Compagnie produise ou non elle-même son courant.

2° Que la Compagnie soit ou non propriétaire de son matériel de production.

3° Que son cahier des charges contienne ou non des clauses restrictives.

Nous prendrons le cas qui se présente ordinairement dans la pratique, d'une Compagnie de tramways produisant elle-même son courant, non propriétaire de ses installations et dont le cahier des charges contient l'interdiction d'engager son capital social dans des entreprises étrangères à sa concession.

Nous allons provisoirement négliger le 3^e facteur :

clause restrictive du cahier des charges, pour nous attacher aux conséquences des deux premiers.

§ 1^{er}. — **Détermination et modes de vente des excédents dans le cas le plus général**

La Compagnie de tramways est une Société anonyme, libre par conséquent, au moins depuis le 22 novembre 1913, d'entreprendre n'importe quelle industrie, n'importe quel commerce, pourvu que ses statuts ne contiennent pas de dispositions contraires.

Peut-elle vendre librement, pour un usage différent de la traction, le courant produit par les installations qui doivent revenir en fin de concession à l'Etat ? (1). En principe, non, puisque ce matériel n'est mis à sa disposition qu'en vue de l'exploitation du service des tramways.

Ne peut-on pas du moins, sous certaines conditions, considérer la vente d'une certaine quantité de courant comme l'accessoire de l'exploitation principale, c'est-à-dire comme une opération licite ?

Les tribunaux auxquels la question fut posée dès 1908, répondirent d'une façon affirmative et désignèrent par le terme d'excédents les quantités d'énergie dont ils autorisaient la vente.

Qu'entendaient-ils par là ?

« Attendu, dit le Tribunal de Commerce de Lille (2),

(1) C'est en effet l'Etat qui est généralement le concédant, et le département qui rétrocède l'exploitation à la Compagnie n'est qu'un intermédiaire.

(2) 16 mars 1908. S. 1911-1-34.

« que l'énergie électrique vendue à des particuliers par
« la Compagnie des tramways comme force motrice
« provient précisément de la différence du courant uti-
« lisé, les dimanches et jours fériés, où le transport des
« voyageurs est considérable et les autres jours
« où la circulation est moins intense ; attendu que
« cette différence constitue des excédents véritables de
« la production d'énergie électrique nécessaire à l'exploit-
« tation »

Et la Cour d'Appel de Douai de déclarer licite la vente
« de véritables excédents que lui imposait la marche de
« ses services » (1).

Donc première idée, l'excédent à un instant donné
serait une différence entre le courant consommé au
moment où le service absorbe le plus d'énergie et le cou-
rant utilisé à l'instant envisagé.

Deuxième idée, c'est une quantité d'énergie dont la
production est nécessaire à l'exploitation, qu'on n'est pas
libre de ne pas produire, ce sont les termes mêmes de
l'arrêt de la Cour de Douai : « . . . Il résulte des docu-
« ments de la cause, disait-elle, que la Compagnie des
« tramways a organisé un trafic habituel et réglé, por-
« tant sur des quantités considérables d'énergie électri-
« que, qu'elle était *libre de ne pas produire* et qu'elle ne
« ne produisait que pour les vendre. »

Il semble donc que la définition qui résulte de ces
arrêts serait la suivante :

On appelle excédent la différence entre la quantité

(1) 11 novembre 1908. S. 1911-1-35.

d'énergie qu'il est indispensable de produire pour assurer la bonne marche du service public concédé et la quantité d'énergie absorbée à chaque instant par ce service.

Elle semble satisfaisante, parce que logique ; elle paraît logique parce qu'elle fait ressortir le caractère de déchet, de résidus qu'auraient de tels excédents, et que nous retombons sur la notion de sous-produit avec laquelle nous sommes familiarisés.

Cette définition n'a qu'un seul inconvénient : c'est qu'elle ne correspond à rien de réel. Autrement dit, il n'existe pas de différence entre le courant nécessaire à l'exploitation à un moment donné et le courant réellement absorbé, parce qu'on ne produit à chaque instant que le courant réellement demandé par le service de la traction et que, par suite, tout courant vendu à des particuliers est précisément fabriqué pour être vendu (1).

Cette surprenante constatation a permis à la ville de

(1) Une brève explication fera comprendre pourquoi une machine ne produit rigoureusement que le courant qui lui est demandé :

Toute machine génératrice, toute dynamo, se compose en principe d'un élément destiné à créer un champ magnétique appelé inducteur et d'un élément appelé induit, pouvant se déplacer dans ce champ.

Lorsque la dynamo tourne à vide, c'est-à-dire lorsque ses bornes ne sont pas reliées, il se produit à ces bornes une différence de potentiel et la force nécessaire pour faire tourner l'induit, pour mouvoir la dynamo est extrêmement réduite : il suffit en effet, à ce moment, de vaincre les frottements.

Supposons maintenant qu'une voiture soit mise en marche ; le wattmann va, pour démarrer, fermer un circuit : par l'intermédiaire des fils conducteurs, du moteur de la voiture et des rails, les deux

Paris, dans son récent litige avec la Compagnie des tramways de l'Est-Parisien, de soutenir qu'il n'existait pas d'excédents. Une telle conclusion était tout à fait logique et les Compagnies de tramways pouvaient craindre de voir leurs entreprises de vente d'énergie, déjà rigoureusement limitées, déclarées complètement illi-

bornes de la machine vont être réunies et un courant va circuler. Tant qu'on n'a rien demandé, il n'a pas été produit de courant. C'est la voiture qui, par son appel, a en quelque sorte ouvert le robinet et un courant s'est produit grâce à la différence de potentiel existant aux bornes de la dynamo.

Or, ce courant qui circule non seulement dans les installations extérieures comme nous l'indiquions, mais encore dans l'induit lui-même, par un phénomène très naturel, s'oppose à sa rotation et tend à diminuer sa vitesse ; la différence de potentiel tend par suite à s'abaisser, ce que permet de contrôler un voltmètre placé à l'usine génératrice. C'est alors, et alors seulement, qu'il va falloir laisser arriver plus largement la vapeur pour vaincre cette résistance et maintenir la dynamo à sa vitesse et par suite le courant à son voltage. (Le maintien du voltage nécessite également l'intervention d'une autre opération, celle de l'excitation de l'inducteur ; mais on peut la négliger, elle est secondaire).

Comme on le voit, dans ses grandes lignes, la production du courant n'est en dernière analyse que la compensation, le remplacement de l'énergie absorbée par le service, ce qui explique qu'on n'ait à produire que ce que le service demande. La puissance à déployer pour maintenir la dynamo à sa vitesse croîtra avec le nombre des tramways mis en marche, avec les montées, les démarrages, etc.

Une remarque s'impose : on pourrait être tenté de conclure à *priori* de ce qui précède que la dépense de charbon est rigoureusement proportionnelle au courant absorbé par le service, c'est ce qu'a affirmé M. Berthélemy (note citée au Dalloz) ; il n'en est rien pourtant.

Il est bien exact que pour une demande supérieure d'énergie, il va falloir produire davantage de vapeur et brûler une quantité

cites. Le comité du contentieux du Ministère des Travaux publics en décida autrement et le Conseil d'Etat, avons-nous vu, par sa décision du 11 avril 1913, vint rassurer les Compagnies en affirmant leur droit de distribuer de l'énergie aux particuliers, « sauf le droit de
« l'autorité concédante de veiller à ce que l'usage de ces
« permissions n'apporte aucune atteinte au bon fonctionnement du service concédé ».

Il existe donc encore des excédents et la notion en est simplement déplacée.

Où en chercherons-nous la définition ?

Les arguments économiques que nous avons exposés en faveur de l'utilisation constante et rationnelle des appareils générateurs momentanément inactifs, avaient depuis longtemps frappé le législateur ; aussi a-t-il, lui aussi, prononcé le mot d'excédents pour autoriser la vente de ce qu'il désignait par ce terme :

Art. 3 du décret autorisant la Compagnie du Midi à

supérieure de combustible ; mais si la demande diminue brusquement, on ne va pas pouvoir empêcher instantanément le charbon de brûler ; d'ailleurs, les machines sont faites pour produire normalement une certaine quantité d'énergie et chaque fois qu'on s'écarte de cette quantité, le rendement est moins bon ; plus la demande sera irrégulière, plus la production sera onéreuse et s'il est vrai de dire que la dépense varie dans le même sens que la demande du service, il n'est pas exact de prétendre qu'elle lui est proportionnelle.

La production sera d'autant plus économique qu'on se rapprochera d'un fonctionnement régulier et d'un débit constant.

Le maximum d'économie est atteint quand l'usine productrice entière débite à pleine charge.

créer l'usine de Soulom sur le Gave de Cauterets (1) :

« Au cas où l'exploitation des lignes de chemins de fer
« du réseau du Midi n'absorberait pas *toute l'énergie*
« *électrique produite par l'usine projetée*, la Compagnie
« pourrait être autorisée par l'Administration à vendre à
« des tiers tout ou partie des excédents disponibles de
« cette énergie. »

Article 6 de la loi du 9 mars 1911 déclarant d'utilité publique l'établissement sur le Drac d'une usine hydro-électrique, dite du Pont-du-Loup :

« L'Administration du chemin de fer de La Mure à
« Gap est autorisée à disposer, à toute époque, des
« excédents d'énergie et des résidus d'exploitation. »

Article 1^{er} du projet de loi portant déclaration d'utilité publique de l'établissement, en Durance, d'usines hydrauliques, en vue des irrigations des basses plaines de la rive droite du Rhône et du fonctionnement des entreprises d'hydraulique agricole de la région méditerranéenne (2) :

« ... Après satisfaction des besoins agricoles ci-dessus
« définis, les résidus d'énergie pourront être vendus : ils
« seront livrés aux bornes de l'usine génératrices ou sur
« les lignes de transport d'énergie. »

Article 12 du projet de loi sur les usines hydrauliques (3) :

« Les usines qui font partie intégrante d'entreprises

(1) BÉQUET, *Dictionnaire de droit administratif*. V• Voies ferrées page 532.

(2) Annexe au procès-verbal de la séance de la Chambre du 4 mars 1912.

(3) *J. Offic.* Documents parlementaires (Sénat) annexe n° 15, séance du 7 février 1913.

« d'utilité publique et les usines concédées qui n'ont pas
« pour objet principal le commerce de l'énergie, peuvent
« à toute époque vendre et employer leurs excédents
« d'énergie et les résidus d'exploitation aux conditions
« fixées par un décret rendu en Conseil d'Etat sur le
« rapport du Ministre des Travaux publics. »

Enfin, l'exposé de motifs (1) du projet de loi pour l'établissement, en Durance, d'usines hydrauliques explique d'une façon formelle et tout-à-fait précise ce qu'il faut entendre par excédents :

« D'autre part, y est-il dit, les grandes irrégularités de
« cette rivière et les intermittences des irrigations, qui
« ne se pratiquent que pendant six mois par an, imposent
« l'obligation de créer une usine d'énergie dont la puissance de production dépasse beaucoup les quantités de
« force nécessaires pour l'élévation de l'eau destinée aux
« arrosages. La vente de ces disponibilités produira certainement des recettes très importantes à cause de la
« proximité de Marseille et l'enquête à laquelle il a été
« procédé a fait ressortir la certitude de multiples utilisations des excédents d'énergie. »

« Les grosses quantités de force sans emploi, en dehors de la saison des arrosages, pourront servir... »

C'est déclarer on ne peut plus clairement qu'il faut entendre par excédents toute la différence entre la puissance totale de l'installation et la puissance prise à chaque instant par l'exploitation principale, puissance qui peut devenir égale à zéro à certains moments.

(1) Annexe au procès-verbal de la séance du 4 mars 1912, n° 1731.

Cette définition de l'excédent, nous la retrouvons dans l'exposé des motifs de la sentence arbitrale confirmée par la Cour de Lyon le 11 février 1914 : « Les excédents « sont définis par la différence entre deux termes : ce que « peut produire l'usine, ce qui est absorbé par le service « de la traction... »

A s'en tenir à cette formule, on pourrait croire que le Tribunal arbitral et la Cour elle-même revenus à une interprétation très large du caractère d'accessoire, allaient sanctionner la définition proposée par la Compagnie du Gaz et qu'impliquent, prétendait celle-ci, les textes législatifs que nous avons cités.

En réalité, il n'en est rien, et la sentence contient un correctif à ce que cette première formule peut avoir de trop libéral : « Ces excédents, précisent les arbitres, sont « la quantité d'énergie qu'il reste possible de tirer du « matériel *qu'il est nécessaire* de mettre en service pour « l'exploitation des tramways (1) ».

Cette définition diffère de celle que proposait la Compagnie du Gaz de Lyon, par l'époque à laquelle il faut se placer pour apprécier le rapport entre l'installation génératrice et l'exploitation principale. Tandis que l'une déclare suffisante la proportion observée entre l'importance

(1) La différence entre cette nouvelle formule des tribunaux et celle de la Cour de Douai apparaît immédiatement : La Cour de Douai avait parlé du « courant qu'il est indispensable de produire ». Les techniciens qui furent consultés par la Compagnie du Gaz et la Compagnie O.-T.-L. traduisent : le « matériel qu'il est nécessaire de mettre en service ». La première idée devait conduire à la négation même de l'existence des excédents, la seconde les définit et en fait une marchandise susceptible d'être vendue.

de l'usine de production et celle du service concédé à l'origine, l'autre estime que le courant vendu ne peut présenter le caractère d'excédent qu'autant que cette proportion continue à être observée ; la dernière parle de « matériel qu'il est nécessaire de mettre en service... », la première parlait « du matériel qu'il a été nécessaire d'installer... »

Nous n'avons pas à apprécier si les arbitres et la Cour ont fait de la définition qu'ils donnaient une application rationnelle ; c'est une question qui se rattache étroitement à l'interprétation d'un contrat particulier et qui soulève trop de considérations de fait pour que nous l'examinions dans une étude générale ; mais ce que nous tenons à remarquer, c'est que, telle que les arbitres l'ont formulée la définition des excédents paraît logique et conforme à la notion d'accessoire.

Nous croyons même que les textes législatifs ne permettent pas de formuler une définition différente :

Il est évident, en effet, que ceux d'entre eux qui réglementent des cas particuliers ne constituent que des textes d'exception que rien ne permet d'étendre dans le silence de la loi. Si par exemple le législateur a pris la peine de spécifier que l'usine de Soulom « pourrait être « autorisée par l'Administration à vendre à des tiers « tout ou partie » de ce que « l'exploitation des lignes de « chemins de fer du réseau du Midi n'absorberait pas », c'est qu'en l'absence d'autorisation formelle, la licéité de l'entreprise aurait pu être contestée. Les autres textes évitent même de définir ce qu'ils entendent par excédent, sauf cependant le projet de loi pour l'établissement en Durance d'usines hydrauliques.

Or, que lit-on dans l'exposé des motifs ?

« ... Les grandes irrégularités de cette rivière et
« les intermittences des irrigations, qui ne se pratiquent
« que pendant six mois par an, imposent l'obligation de
« créer une usine d'énergie dont la puissance de produc-
« tion dépasse beaucoup les quantités de force néces-
« saires pour l'élévation de l'eau destinée aux arrosages.
« La vente de ces disponibilités... »

L'excédent apparaît donc bien comme produit par un matériel qu'il est nécessaire d'*installer et de conserver en service* : c'est parce qu'on est contraint de créer l'usine dans la région qu'il s'agit d'irriguer qu'on la construit sur la Durance ; c'est parce qu'on ne peut faire mieux en raison du débit irrégulier de cette rivière, qu'on est obligé de donner au matériel de production une importance exceptionnelle. Dans son ensemble, et telle qu'elle doit subsister, l'usine entière est nécessaire à l'exploitation projetée.

Enfin, quand bien même l'intention du législateur eût été de construire une usine à deux fins : l'irrigation et la vente de courant, quel principe pourrait le lui interdire ? L'affectation dès l'origine du domaine public à deux buts distincts justifierait suffisamment les opérations effectuées à l'un et à l'autre titre.

Les partisans de la spécialité la plus stricte ne pourraient, eux-mêmes, en prendre ombrage : qui dit spécialité ne dit pas forcément unité de but, mais spécialisation dans une ou plusieurs fonctions nettement déterminées. L'Etat en entreprenant cette double exploitation lui conserve d'ailleurs, ainsi que l'explique l'exposé des motifs, un caractère d'intérêt général qui prime celui

d'entreprise commerciale, grâce à une série de précaution destinées à sauvegarder les intérêts des entreprises privées.

Quant au projet de loi sur les usines hydrauliques, il évite de définir les excédents et les assimile expressément « aux résidus d'exploitation ».

Nous croyons donc avoir établi que la définition des excédents qui se dégage des textes législatifs et des plus récentes décisions est la suivante :

« Le courant d'excédent est le courant qui reste disponible dans une usine génératrice, dont la puissance est nécessaire et suffisante pour assurer l'exploitation principale, lorsque cette dernière s'est servie. »

Si la définition est exacte, nous avons répondu par avance à la question suivante : Faut-il déclarer courant d'excédent le courant produit par le matériel de secours ?

Evidemment oui, si on entend par là un matériel complémentaire indispensable pour parer aux accidents que l'on peut normalement prévoir.

Il n'en serait plus ainsi si l'on baptisait de ce nom, comme l'entendait la Compagnie des tramways électriques de Lille, un matériel inutile au service de la traction et dont rien ne permet de prévoir l'emploi.

Reste à examiner si cette définition se justifie pratiquement et juridiquement, par l'application de nos principes.

*
* *

Au point de vue technique, si notre définition est trop large, que peuvent être les excédents ?

On pourrait désigner d'abord sous ce nom : la diffé-

rence entre le courant qu'on peut produire avec les machines strictement nécessaires à la marche des tramways à un instant donné, et le courant qu'absorbe le service.

Or, cette définition doit être écartée parce qu'elle enlèverait à la vente des excédents toute son utilité en privant ceux-ci de toute leur valeur. Quel industriel consentirait à acheter ces quantités d'électricité insaisissables dans leur variations brusquement infinies, marchandise problématique dont la valeur passerait par zéro un nombre incalculable de fois en un jour ? (1).

Puis, la proportion des excédents par rapport à l'installation totale varierait notablement avec la puissance des unités génératrices. L'usine qui posséderait de puissantes dynamos disposerait d'une quantité importante d'excédents, car, lorsque sur une dynamo marcherait le nombre maximum des voitures qu'elle peut alimenter, il suffirait du démarrage d'un nouveau tramway pour entraîner la mise en fonctionnement d'une nouvelle dynamo sur laquelle il existerait une énorme quantité de courant d'excédent ; — au contraire, avec des machines de faible puissance, il serait plus aisé de doser la production d'après la consommation.

Enfin, le contrôle serait des plus difficiles, car il suffirait de ralentir la marche de certaines unités pour être dans la nécessité de mettre en mouvement une nouvelle

(1) En effet, à chaque instant le nombre des tramways en marche augmentant ou diminuant, il faudrait sans cesse mettre en marche ou supprimer une ou plusieurs machines et chaque fois, pendant un temps plus ou moins long, le courant absorbé serait égal au courant produit.

machine sur laquelle pourrait être prélevé du courant d'excédent.

En second lieu, on pourrait définir les excédents la différence entre la quantité moyenne de courant nécessaire au service de la traction et la quantité absorbée par ce service à chaque instant.

Cette définition, purement empirique, ouvre la porte à l'arbitraire :

Comment évaluer le premier terme de la différence ? à la rigueur, on pourrait connaître cette moyenne pour les années précédentes, on pourrait la connaître pour des exploitations similaires, mais rien n'autorise à étendre ces résultats au service envisagé, alors que cette moyenne varie pour une même exploitation avec la température, l'intensité du trafic, la nature des véhicules mis en service, les nouvelles lignes exploitées, varie surtout de localité à localité, et varie d'une façon générale avec les progrès de l'industrie électrique.

Enfin, l'une comme l'autre de ces définitions est, au point de vue technique, absolument injustifiable ; pourquoi déclarer courant d'excédent le courant pris sur les machines dont le service de la traction nécessite la mise en marche, puisqu'on peut ne leur faire produire que ce qu'exige strictement ce service ?

Pourquoi prendre comme terme fixe de la différence le courant moyen nécessaire à l'exploitation puisque cette différence sera toujours produite uniquement en vue de la vente ?

Il reste donc que le courant d'excédent soit la différence entre la quantité de courant absorbée à chaque instant par le service de la traction et le courant maxi-

mun à prévoir pour parer à toute éventualité, ce courant maximum étant jusqu'à preuve contraire, celui que pourrait produire l'installation totale, puisque cette dernière a été créée justement en vue d'assurer le service concédé sous le contrôle administratif.

C'est ainsi que nous retombons sur la définition proposée.

*
, *

Cette définition se justifie d'ailleurs pleinement au point de vue juridique.

La vente de tels excédents concourt-elle à assurer le service concédé ?

Elle constitue à n'en pas douter pour ce service une amélioration, en ce sens qu'elle régularise, comme nous l'avons vu, l'exploitation générale (1). De plus, la mise en marche d'une façon constante d'un nombre de machines supérieur à celui qu'exige strictement le service de la traction permet de parer à tous les à-coups, de satisfaire aux demandes les plus brusques et les plus imprévues de courant, d'éviter que le voltage diminue pendant le temps de la mise en marche de nouvelles unités.

Au point de vue financier, il va sans dire qu'il constitue pour le concessionnaire une source de bénéfices dont le public sera le premier à profiter.

Enfin, nous avons vu qu'au point de vue économique général, la vente des excédents est désirable.

Mais il y a mieux : La difficulté que nous étudions résulte du droit du concessionnaire sur ses usines généra-

(1) V. p. 160 et WEISS, *op cit.* pp. 407 et 408.

trices, qui l'oblige à user de cette parcelle du domaine, conformément à sa destination.

Or quelle est la destination d'une usine génératrice de tramways ? C'est de fabriquer du courant dans les limites qu'implique la bonne marche du service concédé.

C'est donc un lien entre le service concédé et le fonctionnement de l'usine génératrice qu'il importe de mettre en lumière pour compléter la notion d'accessoire. Ce lien, nous le trouvons dans la proportion observée entre la puissance de l'usine et l'énergie nécessaire à la marche du service, proportion telle qu'on peut affirmer que l'usine a été aménagée en vue de l'exploitation de la traction et que son importance correspond à celle de cette exploitation.

On peut dire que jusqu'à preuve du contraire, le concédant n'a soumis à la jouissance précaire du concessionnaire que juste ce qu'il fallait du domaine pour assurer son service et que c'est au concessionnaire qu'il appartient de conduire la mise en valeur de l'ouvrage concédé, de façon à en tirer, dans l'intérêt même de son service, le maximum de rendement. Et quand, dans ce but, il vend ce qu'il n'utilise pas, de l'énergie produite par l'ensemble de l'usine, il ne fait qu'utiliser le déchet de sa puissance de production, après que l'exploitation principale s'est servie. C'est ainsi qu'apparaît le caractère de sous-produit du courant d'excédent.

De cette justification de l'existence d'excédents dont la vente est licite, nous pouvons tirer une conséquence importante :

Il peut arriver qu'en dépit du contrôle exercé par l'administration et de l'approbation par l'autorité supérieure

des projets d'installation d'usines génératrices, les Compagnies concessionnaires se trouvent à un moment donné à la tête d'un matériel de production manifestement disproportionné avec les besoins de l'exploitation principale. Dans ce cas, le lien que nous avons dégagé et qui est constitué par l'affectation totale du matériel au service public est rompu, et le courant d'excédent ne peut être pris que sur la partie de l'installation nécessaire à la bonne exploitation du service des tramways.

Cette remarque trouve son application au cas où une Compagnie cesse d'utiliser ses usines à vapeur pour demander à une source hydro-électrique l'énergie qui lui est nécessaire. Il est incontestable qu'elle n'a plus le droit de faire fonctionner son ancien matériel en vue de produire du courant pour la vente ; nommer excédent le courant ainsi produit, serait un non-sens. Ce serait un non-sens à un double point de vue : d'abord, parce que l'harmonie entre le matériel producteur d'énergie et les besoins du service serait rompue : — ensuite, parce qu'on assisterait à ce spectacle étrange d'un concessionnaire produisant avec le matériel concédé dont il n'est pas propriétaire, à grands frais, pour un objet étranger à son exploitation principale, des quantités considérables de courant qu'il pourrait se procurer à bas prix à la source hydraulique qui l'alimente.

Ce n'est pas à dire d'ailleurs que le concessionnaire dans sa nouvelle situation ne dispose plus d'excédents d'énergie : il doit, s'il veut parer à toutes les éventualités s'assurer la possibilité de prendre à l'usine hydraulique une quantité de courant bien supérieure à celle qui

lui sera nécessaire en temps normal ; il devra, d'autre part, installer un matériel de réception suffisant pour utiliser les quantités maxima de courant qu'il se réserve ainsi de demander à l'occasion.

Les deux termes de notre définition existent donc encore ; les motifs pour décider que la différence de ces deux termes constitue un sous-produit subsistent ; au lieu d'acheter du charbon pour faire tourner ses dynamos, la Compagnie achète du courant brut à haute tension pour alimenter ses appareils de transformation, et on peut dire *mutatis mutandis* que l'excédent de courant est constitué par la différence entre la quantité maxima de courant que le concessionnaire a la possibilité de prendre à son fournisseur hydro-électrique et les quantités variables absorbées à chaque instant par son service.

Enfin, de notre définition découle une seconde conséquence : s'il est nécessaire et suffisant pour que les quantités d'énergie vendues constituent des excédents, qu'elles soient produites par un matériel entièrement affecté au service des tramways, après que ce service a été satisfait, le courant dit « de nuit » peut être intégralement vendu.

Il y a, en effet, dans toute entreprise de ce genre quelques heures pendant la nuit où le service de la traction est complètement suspendu. A ce moment, la puissance totale de l'usine peut servir à la production d'excédents.

La possibilité de cette opération rentre tout-à-fait dans l'esprit des textes législatifs que nous avons cités. Notamment, l'exposé de motifs du projet de loi pour

l'établissement, en Durance, d'usines hydrauliques prévoit qu'à certains moments, en dehors de la saison des arrosages, les « grosses quantités de force sans emploi » pourront être vendues. Or, l'énergie demandée par le service des arrosages peut devenir nulle pendant certaines périodes (1).

Nous avons laissé de côté jusqu'ici un des facteurs de notre problème : la clause interdisant à la Compagnie d'engager son capital dans une entreprise étrangère à sa concession.

Il est aisé de s'apercevoir que son intervention dans le débat n'apporte aucune modification à nos solutions.

Nous avons, par définition même, précisé que les excédents ne pouvaient être pris que sur le matériel installé en vue du service concédé, ce qui fait qu'on n'aura jamais le droit d'installer de nouvelles machines uniquement dans le but de produire le courant d'excédent, et qu'on ne tombera jamais sous le coup de la clause prohibitive dont il s'agit. Acheter du charbon pour faire tourner plus de dynamos qu'il n'en faut, acheter du courant pour alimenter plus d'appareils de réception et de transformation qu'il n'est nécessaire, à un moment donné, pour les besoins de la traction, c'est de faire des dépenses courantes d'exploitation, ce n'est pas, en comptabilité, engager son capital.

(1) La Cour de Lyon s'est prononcée en sens contraire. — Affaire Compagnie du Gaz de Lyon. — Compagnie O.-T.-L. 11 février 1914.

Nous en dirons autant de la clause de garantie d'intérêt.

*
* *

Le courant d'excédent, tel que nous l'avons défini, peut donc être vendu ; comment pourra se faire cette vente ?

La vente à l'usine sera dans tous les cas licite ; c'est la véritable forme de la vente des excédents ; elle laisse à la charge de l'acheteur toutes les installations destinées à la transformation et à l'emmagasinement du courant vendu, à sa régularisation et à sa distribution à domicile. La vente en un point quelconque du réseau de tramways doit être également permise pourvu qu'elle ne nécessite la pose d'aucun conducteur supplémentaire.

Faut-il aller plus loin et reconnaître à la Compagnie le droit de distribuer ses excédents aux particuliers, à domicile ?

Dans le cas général que nous étudions actuellement cette opération doit être formellement interdite, comme violant l'interdiction faite au concessionnaire d'engager son capital dans une entreprise étrangère.

Nous nous expliquons : ce service régulier de distribution va nécessiter un personnel supplémentaire, une comptabilité distincte, cela constituera, par suite, une entreprise nouvelle ; cette entreprise va de plus obliger le concessionnaire à l'installation d'accumulateurs, de transformateurs, de feeders et canalisations supplémentaires, en un mot, à immobiliser dans son intérêt exclusif une partie du capital social.

Il faudra donc, pour entreprendre cette industrie nouvelle, que le concessionnaire soit autorisé par un décret en Conseil d'Etat.

Le décret ne sera plus nécessaire lorsque l'acte de concession ne contiendra aucune clause restrictive. Il suffira que le Ministre des Travaux Publics intervienne pour constater, par simple décision ministérielle, qu'il n'y a pas lieu de s'opposer à la vente d'énergie.

§ 2. — Intervention de la loi du 15 juin 1906

Nous allons supposer qu'une Compagnie a été dûment autorisée à distribuer son courant d'excédent et nous examinerons comment la loi du 15 juin 1906 va réagir sur les conditions de son exploitation.

Dans les cas où elle emprunte les voies publiques, la Compagnie de tramways peut, conformément à l'art. 3 de la loi de 1906 (1), opter entre deux systèmes : la permission de voirie ou la concession.

Si elle opte pour la concession, le concédant devra forcément lui imposer les mêmes charges qu'aux concessionnaires antérieurs (art. 8 de la loi du 15 juin 1906).

M. Berthélemy (2) découvre à l'application de cet

(1) Loi du 15 juin 1906, art. 3 :

« Une distribution d'énergie électrique empruntant sur tout ou partie de son parcours les voies publiques, peut être établie et exploitée soit en vertu de permissions de voirie, sans durée déterminée, dans les conditions spécifiées au titre III de la présente loi, soit en vertu de concessions d'une durée déterminée, avec cahier des charges et tarif maximum... ».

(2) Note citée au Dalloz.

article une difficulté presque insurmontable : « Comment, « dit-il, réalisera-t-on l'égalité entre une Compagnie « chargée d'installer des rails et trolley pour la circula- « tion des voitures par le moyen de l'électricité, autorisée, « en outre, à utiliser ces appareils en y greffant des bran- « chements pour la distribution de l'énergie aux parti- « culiers, riverains des lignes et une autre Compagnie dont « l'unique industrie sera précisément la production et la « distribution de force motrice ? »

En réalité, ce que la loi de 1906 a exigé, ce n'est pas l'identité des charges, mais l'équivalence des charges (1) et la difficulté qu'on rencontre pour les Compagnies de tramways surgit à chaque instant pour tout autre concessionnaire : c'est ainsi qu'il arrive fréquemment que dans la même localité, un concessionnaire sans monopole soit en concurrence avec un concessionnaire ayant un privilège d'éclairage ; il ne peut plus être question d'identité des conditions.

« L'examen de l'équivalence, dit M. Weiss (2) doit, à « propos de chaque question d'espèce, faire l'objet d'une « étude approfondie. »

On peut donc affirmer qu'aucun empêchement particulier ne s'oppose à l'obtention par les Compagnies de tramways d'une concession de distribution d'électricité.

Au contraire, un danger réel semble exister lorsque la

(1) WEISS, loc. cit. p. 331 : « Toutefois l'égalité des conditions doit s'entendre de l'équivalence et non de l'identité des conditions. Exiger l'identité serait, en effet, le plus souvent rendre impossible en fait toute concession nouvelle. »

(2) Loc. cit. p. 382.

Compagnie obtient une simple permission de voirie, car
« la Compagnie de tramways qui n'a pas été partie aux
« conventions intervenues entre la Société conces-
« sionnaire du service de l'éclairage et de la force motrice
« par l'électricité, ne saurait être tenue, en principe, de
« respecter ces conventions (1) ».

Elle va donc pouvoir vendre son courant d'excédent à n'importe quel prix et faire aux concessionnaires une concurrence redoutable.

Dans le cas où la Compagnie de tramways n'a en face d'elle aucun concessionnaire, il peut y avoir un autre danger encore : celui de l'exagération des tarifs ; dans les deux cas, on pourra redouter la variété des prix de vente et l'inégalité de traitement des abonnés.

Mais ce danger n'est pas particulier aux Compagnies de tramways. Il est commun à toutes les distributions d'énergie soumises au régime des permissions de voirie. Bien avant M. Berthélemy (2), M. Guillaïn le signalait dans le rapport qu'il fit au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi sur les distributions d'énergie (3).

La Commission avait, en conséquence, adopté un art. 2 ainsi conçu :

« L'autorité compétente pour autoriser l'occupation
« d'une voie publique par les ouvrages d'une distribution

(1) Note de A. Sirey dans la *Revue Electrique* du 10 fév. 1911, p. 158.

(2) Note citée au Dalloz.

(3) Ce rapport a paru en annexe au procès-verbal de la séance de la Chambre du 8 fév. 1898.

(J. O. Documents parlementaires n° 3.014).

« d'énergie peut se refuser à délivrer une simple permission de voirie et subordonner l'occupation à une concession avec cahier des charges et tarifs maximum. »

C'était déjà ce que décidait la circulaire ministérielle du 15 août 1893 :

« Lorsqu'un particulier demande à établir sur une voie
« publique, quelle qu'elle soit, de grande ou de petite
« voirie, des ouvrages permanents destinés à un usage
« collectif, pour faire le commerce de leur exploitation,
« l'autorité compétente n'a plus seulement à examiner
« la question de savoir si l'existence de ces ouvrages est
« incompatible avec l'utilisation normale du domaine
« public, elle doit examiner, en outre, si l'installation
« demandée n'est pas de nature à créer à son auteur une
« situation privilégiée, en laissant le public sans garanties contre ses exigences. Il ne suffit plus, dès lors,
« d'une simple permission de voirie qui ne pourrait
« régler que les conditions de l'occupation du domaine
« public, abstraction faite de l'exploitation des ouvrages
« autorisés. »

Mais, en toute connaissance de cause, le législateur de 1906 a fait disparaître toute restriction et rien aujourd'hui ne saurait obliger le producteur à demander une concession.

En réalité, nous pensons que l'autorité chargée d'examiner la demande de permission de voirie a un moyen d'engager la Compagnie de tramways à recourir à la concession, en lui refusant tout simplement la permission demandée.

M. Guillaïn estime, il est vrai, que dans la plupart des cas, elle ne le pourra pas :

« Le refus d'une permission de voirie par le maire
« (art. 98 § 4 de la loi municipale du 5 avril 1884) doit
« être justifié par l'intérêt général et il a été jugé que
« l'intérêt privé de la Commune ne suffit pas à justifier
« ce refus ».

Mais le Maire aura toujours la ressource d'invoquer l'intérêt général qui s'oppose à ce que les abonnés soient abandonnés à l'arbitraire du fournisseur d'énergie, et à ce qu'une distribution publique de quelque importance ne soit soumise à aucune réglementation.

Cet argument est fortement appuyé par la Circulaire ministérielle du 3 août 1908 portant envoi du règlement du 3 avril 1908, laquelle stipule :

« Ces dispositions n'obligent pas l'Administration à
« autoriser toute distribution ; l'obtention d'une permis-
« sion ou d'une concession ne constitue pas un droit
« pour le demandeur. L'autorité compétente a seule
« qualité pour apprécier si la distribution présente un
« intérêt suffisant pour justifier l'occupation du domaine
« public pour un usage autre que l'usage commun... »

Et ailleurs : « Ainsi, dans toutes les communes qui,
« soit par leur importance, soit par leur association syn-
« dicale avec d'autres communes, comportent l'établis-
« sement d'une ou plusieurs distributions collectives, il
« est désirable que les distributions soient autorisées par
« concession et non par simple permission de voirie... »

En vain objecterait-on que la décision du Conseil d'Etat du 11 avril 1913 a refusé ce pouvoir d'appréciation au concédant, car elle déclare précisément « que la loi du
« 15 juin 1906 ne reconnaît aux particuliers aucun droit
« à l'obtention de permissions de voirie pour l'établis-

« ment de canalisations électriques dans le sous-sol des
« voies publiques, que l'octroi des permissions de cette
« nature rentre, après comme avant la loi du 15 juin 1906
« dans le pouvoir d'appréciation de l'Administration, à
« laquelle il appartient de juger si la sauvegarde des inté-
« rêts généraux dont elle a la charge ne doit pas s'opposer
« à l'admission des demandes qui lui sont soumises ». Elle a simplement annulé une décision préfectorale qui, au lieu de motiver son refus d'autorisation sur l'intérêt général, avait invoqué l'impossibilité pour une Compagnie de tramways de sortir de sa spécialité fonctionnelle.

Enfin, si pour une raison quelconque l'Administration croit devoir accorder une simple permission de voirie, la situation de la Compagnie de tramways ne sera pas sensiblement différente de celle de tout autre permissionnaire.

Il faut, en effet, à la Compagnie une permission de voirie même pour l'autoriser à faire passer le courant destiné à la vente, dans les artères établies sur la voie publique pour le service des tramways, et par suite payer pour ces canalisations les redevances pour l'occupation du domaine, fixées par le décret du 17 octobre 1907.

C'est ce qu'a décidé le Comité permanent d'électricité à l'occasion d'une difficulté intéressant la Compagnie des Tramways de l'Est-Parisien (1).

Quant au principe de l'égalité des charges, il ne sera pas plus difficile à observer pour une Compagnie de tramways que pour un permissionnaire quelconque, car

(1) WEISS, loc. cit. p. 414

il est matériellement impossible d'imposer à un permissionnaire des charges rigoureusement équivalentes à celles d'un concessionnaire antérieur. L'article 5 de la loi de 1906 s'y oppose même absolument, puisqu'il porte que « les permissions de voirie ne peuvent prescrire aucune disposition relative aux conditions commerciales de l'exploitation ; elles ne peuvent imposer au permissionnaire aucune charge pécuniaire autre que les redevances prévues à l'article 18 ».

L'Administration décide actuellement que l'égalité de traitement doit porter seulement « sur les conditions susceptibles d'être communes à la permission de voirie sollicitée et à la concession... » (1).

En somme, à l'égard du public, nous ne voyons pas que la situation d'une Compagnie de tramways diffère de celle des autres concessionnaires ou permissionnaires. Quant aux usines privées de distribution, nous estimons avec M. Weiss (2), qu'elles « trouvent une garantie suffisante contre la concurrence du concessionnaire de tramways dans la disposition légale qui impose l'égalité ou l'équivalence des charges pour la distribution de l'énergie électrique ».

(1) Réponse de la Commission chargée de préparer les règlements pour l'application de la loi de 1905 au Ministre des Travaux Publics. (Affaire Société Westinghouse). Cité par Weiss, *loc. cit.* p. 394.

(2) *Loc. cit.* p. 413, note.

§ 3. — Situations particulières

Nous avons jusqu'ici envisagé le cas général d'une Compagnie de tramways produisant son énergie par la vapeur, concessionnaire du matériel générateur, et liée par les clauses restrictives de son acte de concession.

Des solutions que nous avons indiquées, il est facile de déduire celles qui conviendront aux différentes situations obtenues en faisant varier successivement chacune des conditions énoncées.

Si, par exemple, la clause restrictive disparaît ainsi que la garantie d'intérêt qui, à ce point de vue, a la même influence, rien n'empêche la Compagnie d'installer en dehors de l'usine concédée un matériel de production destiné uniquement à fabriquer de l'énergie pour la vente (1).

Enfin, si l'usine génératrice est la propriété de la Compagnie, celle-ci ne saurait être tenue de respecter une proportion quelconque entre la production de courant et les nécessités de son service; la totalité de la station, quelle que soit son importance, pourra être utilisée à fabriquer de l'énergie pour la vente.

(1) Le Conseil d'Etat décide dans ce cas que le courant réservé à l'exploitation des tramways doit être fourni par une usine ou des groupes générateurs distincts de l'usine ou des groupes affectés à la distribution d'énergie (Conseil d'Etat, Travaux publics, 24 juin 1908. Tramway de Miliana à Margueritte).

§ 4. — Sanctions

Il est intéressant de se demander quelles sont les sanctions des règles que nous avons exposées. Elles ne sont que d'application aux Compagnies de tramways des principes généraux déjà étudiés.

L'infraction de la Compagnie à ces principes peut avoir deux sources : Le concessionnaire peut d'abord violer son acte de concession en engageant son capital dans une entreprise de distribution d'énergie ; il peut ensuite violer le principe supérieur de l'inaliénabilité du domaine public ou de l'affectation de l'ouvrage concédé au service public.

Dans les deux cas, le concédant peut évidemment le mettre en demeure de cesser l'exploitation illicite sous menace de retrait de la concession. Mais comme nous avons pu le remarquer avec M. Lyon-Caen, cette sanction n'interviendra que bien rarement en raison de sa rigueur excessive. Dans la pratique, on trouverait difficilement des exemples de semblables injonctions ; cela tient à ce que généralement les Compagnies s'entourent de toute une série d'autorisations administratives qui, en apparence au moins, les mettent à l'abri d'une critique de la part de l'administration.

En réalité, la véritable sanction est la demande de dommages-intérêts introduite par les concessionnaires d'éclairage ou de distribution de force lésés. Elle sera recevable tant parce que le concédant est censé avoir stipulé dans un intérêt général dans le cahier des charges,

qu'en raison du caractère d'ordre public de l'inaliénabilité du domaine.

Les concessionnaires lésés, et nous ne parlons pas de ceux qui ont un monopole, car ceux-ci peuvent toujours attaquer le concédant qui laisse violer leur privilège par un tiers, mais les autres concessionnaires lésés, trouveront dans cette sanction une arme précieuse contre les prétentions excessives de puissantes sociétés.

La Cour de Douai en a fait, comme nous l'avons vu, une intéressante application, bien qu'elle ait motivé son arrêt principalement sur des considérations de fait.

N'est-ce pas d'ailleurs, au premier chef, une question de fait que celle de savoir si l'importance d'une intallation ou de la partie d'une installation utilisée à la prodnction d'excédents, est bien proportionnée au service de traction qu'elle a pour mission d'alimenter ?

Remarquons, en terminant, que nous n'avons fait intervenir à aucun moment le principe de la spécialité fonctionnelle et c'est à juste titre, car, de quelle façon aurait-il pu être mêlé au débat ? C'est, avons-nous vu, un principe qui ne frappe que les services publics. Dès lors, il pouvait bien s'opposer à ce que la Compagnie de tramways fût, en tant que concessionnaire de ce service déterminé de la traction, des actes que seul pourrait faire un concessionnaire de distribution d'énergie, en cette qualité, mais dans aucun cas la Compagnie de tramways ne se livre à de telles opérations ; si elle vend ses excédents pris à l'usine génératrice, elle fait ce que tout particulier pourrait faire ; si elle les distribue avec permission de voirie elle le fait comme tout autre permissionnaire en aurait le droit ; si elle obtient une concession, la question ne se pose plus.

CONCLUSION

Nous nous sommes demandé au début de cette étude si les sociétés anonymes concessionnaires de services publics peuvent en droit se livrer à des opérations étrangères à l'objet de leur concession.

Pour répondre à cette question, nous nous sommes d'abord adressés aux tribunaux, parce que les premiers, ils eurent à limiter l'activité des Compagnies et que c'est sur le canevas qu'offraient leurs décisions à la doctrine, que celle-ci a conçu ses différents systèmes.

L'examen de la jurisprudence, si instructif lorsqu'il s'agit de déterminer les considérations pratiques et les besoins économiques auxquels elle a obéi, nous a semblé bien moins concluant en ce qui concerne les règles juridiques qui dominent ses solutions. Aussi, avons-nous demandé à la doctrine elle-même des principes certains et une unité de système qui semblait manquer aux tribunaux.

Or, chez un certain nombre des auteurs qui ont abordé la question, notamment chez M. Berthélemy,

chez M. Mestre, son élève, et chez M. Duguet, élève de M. Mestre, nous avons rencontré une théorie qui semble avoir marqué son empreinte sur la plus récente jurisprudence, et qui découvre dans le principe de la spécialité l'origine de toute une série de restrictions exorbitantes à la liberté du commerce et de l'industrie.

Il nous a paru que cette doctrine usait à l'égard de nos sociétés d'une sévérité qui ne se justifiait pas en droit. Aussi, nous souvenant de cette formule de M. Dumay, que « ce n'est pas par voie de déduction que se créent les dérogations au droit commun », nous avons cru bon, dans l'intérêt des concessionnaires dont les charges vont croissant, dont les bénéfices, réduits à ceux de l'entreprise concédée, sont de plus en plus limités, de préciser les atteintes et les dérogations qu'autorisent les principes.

Nous avons donc recherché dans quelle mesure la règle de la spécialité pouvait intervenir dans le domaine de l'activité privée. Nous croyons avoir établi que ce principe doit par sa nature y demeurer absolument étranger; que, créé par la pratique administrative, il a son domaine propre et bien défini; qu'il ne peut lier que les personnes morales de droit public, dont la seule raison d'être est le service administratif qu'elles assurent; que par son fait les êtres moraux de droit privé ne peuvent recevoir d'atteinte ni dans leur liberté ni dans leur capacité.

Puis, nous avons constaté que le traité de concession passé par une société ne saurait modifier sa nature et qu'il ne réagit sur sa liberté d'action que par les limitations formelles qu'il lui impose.

Dès lors, nous n'avons eu qu'à reprendre en quelque sorte les termes de cette déclaration très libérale de la Cour d'Aix « que les industries sont libres en France et « que la concurrence n'a pas d'autres limites que celles « qui lui sont imposées par la loyauté, par la loi et par « des contrats particuliers ».

Concurrence déloyale, législation propre aux sociétés anonymes, contrat de concession, telles sont les seules sources de restrictions que nous ayons voulu retenir.

Et nous pouvons, en réponse à la question que nous nous sommes posée, affirmer que les Compagnies concessionnaires ont, en principe, le droit, comme tout commerçant, de se livrer aux opérations les plus diverses ; qu'elles ne subissent dans leur liberté, comme atteintes particulières, que celles qui résultent de leur qualité de sociétés anonymes et du contrat de concession ; que parmi ces dernières, une seule a un caractère exceptionnel : celle qu'implique la nature des droits du concessionnaire sur le matériel concédé.

Réduite aux proportions que nous lui avons assignées, interprétée avec la rigueur qui s'impose en matière de dérogation au droit commun, cette dernière apparaît bien comme la condition à laquelle est subordonné l'abandon momentané d'une portion du domaine inaliénable au profit de l'être moral qui l'exploite.

Cette atteinte résulte à la fois des termes formels du contrat et d'un principe indiscuté de droit public.

Pour en introduire d'autres, les partisans de la spécialité invoquent les intérêts les plus divers.

Nous ne nions pas qu'il y ait parfois opposition entre l'intérêt général et certains intérêts particuliers. Tandis

que le premier exige l'utilisation intégrale et rationnelle de l'outillage national, commande la réunion dans les mêmes mains des services et des industries qui s'appellent et se complètent, il est manifeste que le petit commerce, que l'industrie locale sollicitent souvent aide et protection contre la concurrence écrasante de puissantes Compagnies à monopole.

Loin de vouloir ignorer ce phénomène économique, nous estimons qu'il convient d'y insister. (1) Bien plus, nous reconnaissons que parfois, au point de vue de l'intérêt général, accorder une entière liberté de concurrence à certains concessionnaires serait une dangereuse erreur.

Mais autoriser les tribunaux à se faire juges des restrictions qu'il convient d'apporter à l'activité industrielle des sociétés concessionnaires, au nom d'un principe aussi mal défini et aussi flottant que celui de la spécialité fonctionnelle, c'est ouvrir la porte à l'arbitraire, c'est de propos délibéré décider que pour les être moraux la liberté de l'industrie n'est qu'un vain mot; c'est, comme nous l'avons indiqué au cours de cette étude, subordonner leur capacité aux fluctuations politiques ou aux courants d'opinion.

Il faut que le droit, et nous entendons le droit appliqué, la jurisprudence, soit à l'abri de tels reproches, et pour cela, que les tribunaux s'en tiennent strictement à l'application des textes et à l'interprétation rigoureuse des contrats.

(1) Cf. Pic. — Traité élémentaire de Législation industrielle, 3^e éd. 1908, p. 480 et s.

« Une restriction à la liberté de l'industrie, dit M. Lyon-Caen (1), ne peut être fondée sur une considération tirée du danger des abus. »

C'est donc au législateur qu'il appartient de prévoir le péril (2) et dans le silence des textes, c'est au concédant à le prévenir par des clauses judicieuses insérées dans l'acte de concession.

*
* *

Le rôle du Juge sera large néanmoins, car l'application des principes aux cas concrets ne laisse pas d'être parfois délicate. Elle se complique d'ailleurs le plus souvent par l'existence d'une législation propre à l'industrie concédée; nous en avons cherché un exemple dans la vente par les Compagnies de tramways d'excédents d'énergie.

Donc, rechercher si des actes qui, en les supposant isolés, tomberaient sous le coup des restrictions que nous avons précisées, doivent être autorisés comme constituant l'accessoire de l'exploitation principale, telle est la question qu'auront à se poser en dernière analyse les tribunaux.

Pour la résoudre, ils ne devront jamais oublier que le caractère d'accessoire doit être apprécié en tenant compte à la fois du but de la concession et de la nature de l'exploitation qui en fait l'objet.

(1) Note citée, au Sirey.

(2) Sur les moyens dont dispose le législateur pour combattre ce danger, voir Pic, *op. cit.* p. 482.

Même limités par ces principes, les tribunaux auront encore, dans la recherche d'une solution équitable, un pouvoir d'appréciation suffisamment large pour sauvegarder les intérêts les plus respectables contre la violation des lois et règlements, l'inobservation des contrats particuliers et contre la concurrence déloyale.

Vu :

Lyon, le 15 Mai 1914,

Le Président de la Thèse,

Em. COHENDY.

Vu :

Lyon, le 15 Mai 1914,

Le Doyen,

L. JOSSERAND.

Permis d'imprimer,

Lyon, le 16 Mai 1914,

Le Recteur de l'Académie,

JOUBIN.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	11

PREMIÈRE PARTIE

Exposé, Jurisprudence et Doctrine

CHAPITRE PREMIER. — <i>Intérêts de la question</i>	17
--	----

CHAPITRE II. — *La Jurisprudence.*

§ 1^{er}. — Exposé des principales décisions.

Compagnies de chemins de fer :

Bureaux d'expéditions	21
Buffets	25
Hôtels Terminus	25
Vente des objets de librairie, articles de fumeurs et de bazars dans les gares	35
Correspondance et réexpédition.....	35
Economats	36
Ateliers de construction et de réparations	37
Vente de charbons	37

Compagnies de Tramways électriques :

Vente d'excédents d'énergie par les Com- pagnies de tramways.....	41
--	----

§ 2. — Théorie des tribunaux	54
------------------------------------	----

	Pages
CHAPITRE III. — <i>Etudes doctrinales</i>	63
§ 1 ^{er} . — Théories libérales	63
§ 2. — Théories restrictives.....	68
1) Théories interprétatives.....	69
2) Théories fondées sur la spécialité.....	70

DEUXIÈME PARTIE

Essai d'une étude théorique de la question	77
---	----

CHAPITRE PREMIER. — *Les Compagnies et la liberté de l'Industrie.*

§ 1 ^{er} . — Identité des Compagnies.....	79
§ 2. — Origine des restrictions	81
§ 3. — Personnalité morale et capacité	81

CHAPITRE II. — *Restrictions découlant de la nature commerciale des Compagnies.*

§ 1 ^{er} . — L'art. 37 du Code de commerce.....	85
§ 2. — La loi du 24 juillet 1867	100
§ 3. — La loi du 22 novembre 1913	105
§ 4. — Concurrence déloyale.	106

CHAPITRE III. — *Restrictions résultant du principe administratif de la spécialité*

§ 1 ^{er} . — Le principe de la spécialité	112
§ 2. — La nature du principe.....	115
§ 3. — S'applique-t-il aux personnes morales de droit privé? Compagnies.....	121

CHAPITRE IV. — *Restrictions résultant de la qualité de concessionnaire*.....

§ 1 ^{er} . — Restriction résultant du droit du concessionnaire sur l'ouvrage concédé.....	134
--	-----

	Pages
§ 2 . — Limitations résultant des clauses de l'acte de concession.....	143
Homologation des tarifs.....	143
Clauses consacrant le principe de l'égalité....	144
Clauses de garantie d'intérêt.....	145
Clauses formelles d'interdiction.....	147
§ 3 . — Limitations résultant du monopole.....	150
§ 4 . — Sanctions.....	154

TROISIÈME PARTIE

Vente d'excédent de courant par les Compagnies de tramways.....	157
CHAPITRE PREMIER. — <i>Intérêts de la question</i>	160
CHAPITRE II. — <i>La question du point de vue juridique</i>	166
§ 1 ^{er} . — Détermination et modes de vente des excédents dans le cas le plus général.....	167
§ 2 . — Intervention de la loi du 15 juin 1906.....	186
§ 3 . — Situations particulières.....	193
§ 4 . — Sanctions.....	194
Conclusion	197

